UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CONSERVATION

par une personne veuve remariée

Des avantages légaux et conventionnels

lui venant de son premier conjoint

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon le 13 Juillet 1922, à 15 heures

PAR

Jacques HUMBLOT

Président : M. Marc DESSERTEAUX, professeur.
M. Louis LUCAS, professeur.
M. GROUBER, agrégé.

MACON
J. BUGUET-COMPTOUR, IMPRIMEUR
4, RUE ST-NIZIER ET 1, RUE SENECÉ

1922

THÈSE POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA CONSERVATION

par une personne veuve remariée

Des avantages légaux et conventionnels

lui venant de son premier conjoint

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon le 13 Juillet 1922, à 15 heures

PAR

Jacques HUMBLOT

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Président : M. Marc DESSERTEAUX, professeur.
M. Louis LUCAS, professeur.
M. GROUBER, agrégé.

MACON
J. BUGUET-COMPTOUR, IMPRIMEUR
4, RUE ST-NIZIER ET 1, RUE SENECÉ

1922

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

La destruction d'un nombre considérable de foyers a été un des effets les plus cruels de la guerre qui a ensanglanté l'humanité. Tant de femmes, jeunes pour la plupart, sont restées veuves, que beaucoup d'entre elles ont songé ou songent encore à prendre un nouveau compagnon d'existence, à « se refaire une vie ». Pressé par les circonstances, le législateur a voulu encourager cette œuvre, jugée si précieuse pour la vitalité du pays. La législation des seconds mariages a pris une importance presque aussi grande que celle du mariage lui-même : elle est, pour ainsi dire, devenue à l'ordre du jour.

Si la loi naturelle pousse l'homme et la femme à s'unir pour propager l'espèce humaine, pour partager les joies et les misères de l'existence et pour en supporter les charges, la question devient plus délicate lorsqu'il s'agit du mariage d'un veuf ou d'une veuve. Plusieurs considérations, les unes favorables, les autres hostiles aux secondes unions, ont tour à tour dominé suivant les époques.

Il est certain qu'à travers les âges et chez les différents peuples, les seconds mariages n'ont pas été vus, en général, avec bienveillance. Le sentiment populaire est froissé de l'oubli, parfois rapide, que manifeste le conjoint survivant envers la mémoire de son conjoint prédécédé. Donner un remplaçant à une personne qui a tenu une place si intime dans la vie d'une autre personne peut être une preuve de légèreté et un manque de délicatesse de sentiments. Nombreux sont les témoignages du sentiment populaire à l'égard des seconds mariages. Il existait en France une coutume, le charivari (1), qui était donné aux veufs et aux veuves qui convolaient en secondes noces. Le vacarme fait par les voisins devant la maison des nouveaux époux était une façon bruyante et publique de manifester leur désapprobation. Le célèbre Edit de Fontainebleau du Chancelier Michel de l'Hospital fut rendu à la suite du mariage d'une veuve, déjà vieille, mère de sept enfants, avec un jeune homme, mariage qui fit scandale et souleva l'indignation publique. De nos jours, la conservation de la pension par la veuve, remariée, d'un militaire tué à la guerre fut l'objet d'amères critiques de la part de bien des personnes : « La veuve d'un soldat mort héroïquement pour la France pourra manger légalement, si j'ose m'exprimer ainsi, avec un autre la rente acquise au prix de son sang » (2). C'est que le public croit voir surtout se

(1) Les reines elles-mêmes n'y échappaient pas. Etienne Bouchin, procureur du roi, nous apprend dans son sixième plaidoyer, imprimé à Paris, en 1620, que la justice avait reconnu le charivari et qu'elle avait condamné de nouveaux époux à payer les frais d'un charivari. (V. Grande encyclopédie, au mot « bruit ».)

(2) Un des nombreux témoignages apportés par le président de la commission contre le maintien de la pension, dans la discussion de la loi du 31 mars 1919.

débattre dans un second mariage, oubli du passé, une question d'ordre purement pécuniaire et non plus sentimentale, et c'est ce qui contribue encore à le rabaisser à ses yeux : « Epouser une veuve, en bon français, signifie faire sa fortune », notait déjà La Bruyère (1) dans une formule lapidaire.

Les dernières volontés d'un mourant ont toujours été très respectées. Or, la condition de viduité, apposée à une libéralité testamentaire faite d'époux à époux, est un sérieux indice du sentiment éprouvé par le conjoint qui se sent mourir. Il voudrait s'assurer que le survivant lui conservera pieusement sa fidélité et son souvenir lorsqu'il sera descendu dans la tombe. Jalousie posthume, sentiment bien humain! « Si je pouvais, après ma mort, apprendre que ma veuve a convolé en secondes noces, je me lèverais de ma tombe, comme le fantôme de la légende, pour venir punir l'infidèle (2) », écrivait Proudhon, le célèbre écrivain socialiste. « Tu ne soupçonnes pas combien je t'aime. Ce n'est pas la mort qui me fait peur. La mort, ça n'a de mystère que pour ceux qui ne savent pas, qui n'ont pas vu. Moi, je sais bien que c'est le grand sommeil. Seulement, Catherine, y entrer en te quittant! Te laisser à d'autres! » cri d'angoisse et d'amertume que M. Bourget (3), dans une scène pathétique, fait pousser au docteur Michel Ortègue, esprit supérieur pourtant. Roman, objecterat-on, mais M. Bourget connaît si bien le cœur humain!

Le sentiment populaire, enfin, regarde comme un

(1) La Bruyère. — Des biens de fortune.

(2) Lettre du 30 déc. 1863, lue par M. l'avocat Desjardins dans ses conclusions données sur l'arrêt de Cassation du 22 déc. 1896. D. 1898-1-537.

(3) Bourget. — Le sens de la mort, p. 109.

danger et une grave menace pour les enfants du premier lit l'intrusion d'un nouveau conjoint dans la famille. L'unité morale et l'union des cœurs est rompue par la présence de plusieurs groupes et de plusieurs intérêts dans une même famille. S'il a fait un mariage d'inclination, le nouveau conjoint aura souvent besoin d'une grande force d'âme pour ne pas détester les enfants du premier lit, témoins vivants et de tous les instants d'un amour qu'il n'a pas partagé. « Ce qu'une marâtre aime le moins dans tout ce qui est au monde ce sont les enfants de son mari : plus elle est folle de son mari, plus elle est marâtre (1). » Les enfants sont encore plus odieux au second conjoint qui a contracté un mariage d'intérêt, car ils sont les héritiers naturels de la fortune de leur parent survivant, objet de la convoitise du nouvel époux. Tous ses efforts tendront à semer la discorde, à détruire l'affection entre les enfants et leur auteur. Peu à peu le père ou la mère se détachera de ses enfants et les dépouillera au profit de son conjoint.

Les dissensions, les plaintes et les révoltes continuelles seront plus violentes encore s'il naît des enfants de la nouvelle union. A l'aversion viendra s'ajouter la jalousie et peut-être la haine. Le partage de l'affection du conjoint survivant entre ses divers enfants, l'obstacle créé par ceux du premier lit à l'acquisition éventuelle de la majeure partie de sa fortune sera intolérable pour le second conjoint.

Ces considérations d'un ordre individuel et familial s'opposent à la cnclusion des seconds mariages. Il en

(1) La Bruyère. — De la société et de la conversation.

est d'autres, d'un ordre plus général, intéressant la société, qui leur sont favorables.

Plus un Etat est peuplé, plus il est florissant. Son action se manifeste avec intensité dans toutes les branches de l'activité humaine. Un Etat a donc intérêt à favoriser les secondes unions qui contribuent à augmenter la population. Cependant si les seconds mariages sont généralement peu féconds et bien inférieurs à ce point de vue aux premières unions, cette considération conserve sa valeur dans un Etat, comme la France, où la dépopulation sévit d'une façon inquiétante. Il n'est pas de remèdes qui soient négligeables pour parer à cette grave menace.

La moralité a tout à gagner aussi à la conclusion des secondes unions. Ni l'homme ni la femme ne sont destinés à vivre seuls. Le célibat ne peut exister que pour les personnes ou très vertueuses ou très corrompues. Les veufs ou les veuves supportent très difficilement la solitude, après avoir goûté le bonheur de la vie à deux. Instinctivement, leur vœu sera de se créer un nouveau foyer, sans, pour cela, renier toujours celui que la mort a détruit. Ne pas permettre les seconds mariages serait donner libre cours au désordre et à la débauche. Le survivant des conjoints serait tenté de chercher dans le concubinage ou les liaisons frivoles et passagères l'illusion d'une affection perdue et un moyen d'assouvir ses passions.

Nous avons dit l'importance de la question des seconds mariages à l'heure actuelle. Il nous a paru intéressant de nous rendre compte de l'attitude adoptée par le législateur à leur égard. S'il a suivi le sentiment popu-

laire et s'il a voulu entraver les seconds mariages, il les aura frappé de peines, de déchéances soit morales, soit pécuniaires; dans le cas contraire toute trace de restriction disparaîtra de sa législation. En réalité, chaque fois que le législateur a voulu manifester son hostilité envers les seconds mariages, il retirait au conjoint remarié les avantages tant légaux que conventionnels provenant du conjoint prédécédé. Nous restreindrons donc notre étude à ce seul point de vue, essentiel, et nous n'aborderons pas les autres questions que peuvent soulever les seconds mariages.

« Un législateur, disait Portalis (1), isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait pas les rapports naturels qui lient toujours, plus ou moins, le présent au passé. » La connaissance exacte des lois modernes exige l'étude des législations antérieures. Le code civil n'est pas une œuvre spontanée, mais ses rédacteurs ont profité de l'expérience des siècles et ils ont tiré bien des matériaux des monuments de droit du passé.

Nous commencerons donc notre étude par un aperçu historique des législations romaine, barbare, féodale et monarchique. Nous continuerons par le Code civil, pour terminer par les importantes modifications qui ont été introduites dans le Code civil, et l'influence que ces lois peuvent exercer sur l'interprétation du Code.

(1) Portalis. — Discours préliminaire sur le projet du Code civil.

PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

En droit romain, on distingue quatre grandes périodes dans la législation des seconds mariages : l'ancien droit, où les mœurs et la tradition jouaient un rôle important; l'époque d'Auguste, où les circonstances graves que traversa le peuple romain furent la cause d'importantes modifications favorables aux seconds mariages; l'époque des empereurs chrétiens, où s'accomplit une violente réaction contre les seconds mariages, et enfin l'époque de Justinien, qui fit œuvre transactionnelle.

I. — LES ORIGINES.

Aux premiers temps de Rome les seconds mariages étaient permis, mais ils étaient réprouvés par les mœurs.

Plutarque (1) prétend que les veuves devaient se marier un jour de fête pour que le témoignage de leur confusion et de leur honte fût plus manifeste et plus éclatant. Selon Valère Maxime (2) les femmes qui restaient veuves étaient seules honorées de la couronne de chasteté; les femmes considéraient l'expérience de plusieurs mariages comme un signe d'intempérance illégitime. Il existe aussi des indices de l'hostilité de la religion contre les femmes remariées. Dans les cérémonies religieuses, les femmes qui n'avaient eu qu'un époux avaient la préséance sur les autres. Les veuves n'avaient pas le droit d'épouser les prêtres et les pontifes. Les prêtres et les prêtresses ne devaient être mariés qu'une seule fois. (Aulu Gelle, X, 15.) A la femme qui conservait pieusement la mémoire de son mari, on décernait les épithètes élogieuses de univiria, unicuba, ininupta. Si la défaveur contre les seconds mariages des hommes était moins accentuée, elle n'en était pas moins réelle.

(1) Quaest. Rom. 105. — Cur publicis feriis mos non est nubere virgines, nubunt tamen viduae? An causa est quam affert Varro. Virgines nubere invitas et tristes, mulieres autem cum laetitia : festo autem die nihil cum molestia omnia lubenti animo sunt agenda? Aut quia decor[i] est virginibus nuptias earum multis praesentibus peragi, idemque viduis dedecori? Primae enim nuptiae optandae sunt et in praetio : secundae votis recusandae quod vel cum turpitudine nubunt, vivente priore marito, vel cum luctu, si is sit mortuus. Itaque viduae ad suas nuptias quiete magis gaudent quam frequentia hominum et tumultu : festivitates pono multitudinem ad se trahunt, ne que nuptiis vacare patuntur aut quia festo die raptis Sabinis virginibus bellum est exhortum, religio ipsis inde fuit virginum nuptias festis diebus celebrare?

(2) Liv. II, ch. 1, § 3. — « Qurae uno matrimonio contentae fuerant, corona pudicitiae honorabant; existimabant enim eum praecipue matronae sincera fide incorruptum esse animum, qui post depositae virginitatis cubile in publicum egredi nesciret; multorum matrimoniorum experientiam quasi illigitimae cujusdam intenperantiae signum esse credentes. »

A cette époque de Rome où les mœurs furent si rigides les secondes noces devaient être une exception.

Mais la législation était à peu près muette sur la question des seconds mariages.

Bientôt, cependant, une différence fut établie entre l'homme et la femme. Une loi, attribuée à Numa, vint interdire à la veuve de se remarier intra legitimum tempus, délai qui était de dix mois. Ce fut d'abord un motif de morale pure et de respect envers la mémoire du mari avant d'être une mesure d'utilité sociale : empêchr la turbatio sanguinis. Si, au contraire, l'homme était le survivant, il n'était tenu de satisfaire à aucune condition spéciale pour se remarier et il n'avait aucun délai de deuil à observer : « Uxores viri lugere non compelluntur. »

Il n'existait pas encore de disposition législative spécifiant la conservation ou la perte des avantages que le conjoint remarié pouvait tenir de son conjoint prédécédé.

Les enfants du premier lit eux-mêmes n'avaient d'autre protection que le conseil de famille, composé de parents et d'amis et chargé, entre autres fonctions, de veiller aux intérêts des orphelins (1).

II. — LÉGISLATION D'AUGUSTE.

A l'époque d'Auguste, les mœurs romaines étaient tombées à un très grand degré de dépravation. La débauche avait gangrené toutes les classes de la société et

(1) Jhering. — Esprit du droit romain II, pages 208 et suiv.

elle était devenue pour elle un véritable péril. En outre, l'instabilité des unions jointe aux effets désastreux des guerres civiles avaient décimé la population. Il était urgent de remédier à ce danger.

Primitivement, la dot de la femme était acquise d'une manière définitive par le mari, selon le principe : « Dotis causa perpetua est (1). »

Malgré toutes les qualités que la veuve pouvait avoir, cette perte était une sérieuse entrave pour elle lorsqu'elle désirait se remarier : pas de dot, pas de mari. Aussi Auguste s'empressa-t-il de faire de la conservation de la dot par la femme un principe d'ordre public. « Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt (2). » Il estima de la sorte que les femmes pourraient plus facilement satisfaire leur désir

Les lois Julia, en l'an 757, de Rome, et Papia Poppea, en l'an 767, encouragèrent, en vue de la procréation légitime, les seconds aussi bien que les premiers mariages. Les lois caducaires se gardaient bien de porter atteinte aux intérêts des conjoints survivants qui voulaient convoler en secondes noces; elles les y obligeaient même, en quelque sorte, s'ils ne voulaient pas être privés en partie, lorsqu'ils étaient cœlibes, des libéralités qu'ils étaient susceptibles de recueillir par testament. La loi rangeait parmi les cœlibes non seulement ceux qui n'avaient pas été mariés, mais aussi ceux qui, mariés une première fois, et divorcés ou devenus veufs sans descendance, ne s'étaient pas remariés. Les cœlibes

(1) Digeste XXIII. III. 1. — Pendant les cinq premiers siècles de Rome, la dot se présentait comme une véritable donation faite à titre définitif au mari. Celui-ci en devenait propriétaire quelle que fut la cause qui venait rompre le lien conjugal.

(2) Dig. XXIII. III. 2.

perdaient le droit de recueillir un legs ou l'avantage d'une institution d'héritier. Ainsi c'était par l'appât du gain que les nouvelles lois romaines poussaient les individus au mariage. Le peuple romain devait être bien cupide et bien déchu pour que le législateur employât un pareil procédé dans le but d'arriver au résultat désiré. Que penser de cette satire de Juvénal et quelle cruelle ironie que ce langage qu'il faisait tenir à un graveleux personnage : « N'est-ce donc rien, ingrat, perfide, n'est-ce donc rien qu'il te soit né de moi un fils ou une fille? Tu t'élèves cependant, tu sèmes avec transport dans les actes publics ces preuves de ta virilité. Couronne ta porte de guirlandes. Enfin te voilà père! Je t'ai fourni de quoi faire taire la médisance, tu possèdes les droits de la paternité. Par moi tu peux hériter, recueillir toute espèce de legs et le doux émolument des caducs. A cette part vont se joindre d'autres avantages, si je complète le nombre des enfants, si je vais jusqu'à trois... (1) » Etant une satire, cette pièce a une tendance à grossir les vices et les passions que son auteur se proposait de stigmatiser, mais il semble bien que la joie de la paternité ou de la maternité était ravalée à une véri-

(1) « Nullum ergo meritum est, ingrate ac perfide, nullum
« Quod tibi filiolus vel filia nascitur ex me?
« Tollis enim, et libris actorum spargere gaudes
« Argumenta viri. Foribus suspende coronas,
« Jam pater es : dedimus quod famae opponere possis.
« Jura parentis habes; propter me scriberis heres;
« Légatum omne capis, nec non et dulce caducum.
« Commoda praeterea jungetur multa caducis
« Si numerum, si très implevero... »

Juvénal. Satire IX. Vers 78.

On se mariait, disait Plutarque, et l'on avait des enfants non pour avoir des héritiers, mais pour avoir des héritages.

Plut. — De l'Amour des Pères.

table distribution de récompenses. Législation d'un bel idéalisme!

Il faudrait placer à cette époque de Rome une loi, citée sous le nom de Julia Miscella, relative à la condition de viduité apposée par le de cujus au legs fait à son conjoint survivant. C'est Justinien qui mentionne cette loi et l'attribue à un certain Julius Miscellus dont l'existence paraît douteuse. Nulle part dans le Digeste il n'y est fait aucune allusion. Cujas, Heineccius et de nombreux auteurs (1) pensent que cette loi ne serait que l'un des chapitres de la loi Julia qu'un copiste aurait pris par erreur pour une loi spéciale. Cujas (2) est d'avis que ce chapitre était désigné sous cette rubrique parce qu'il se rapportait à la fois aux hommes et aux femmes, tandis qu'Henneccius (3) voit dans cette qualification la variété des matières qui y seraient traitées.

Quoi qu'il en soit, Justinien, dans sa novelle XXII, ch. XLIII, nous donne des renseignements précis sur cette loi. Elle avait pour but d'encourager la procréation des enfants. Elle permettait à la femme, malgré la donation faite par son mari, sous la condition de ne pas se remarier, de ne pas tenir compte de cette condition et de convoler en secondes noces en jurant « quia ex filiorum causa hoc ageret ». Si elle avait fait ce serment, elle recueillait ce qui lui avait été laissé par don ou par legs. Cette faculté était valable pour une année. Ce délai écoulé, la femme ne pouvait plus recevoir le legs qu'autant qu'elle donnait la caution, quod ad secundas non veniret nuptias, destinée à garantir la restitution du

(1) Vr Hugo Krueger : Cautio Muciana. Mélanges Girard, t. II, p. 9.

(2) Ad. titul. 40, liv. VI, Code.

(3) Ad leg. pap. 4, II, ch. XVI, n° 3.

capital et des fruits en cas de convol. Justinien ajoute que cette addition n'était pas due à Julius Miscellus, mais qu'elle est l'œuvre de Mucius Scaevola. Il n'était pas spécifié dans la loi que seules les femmes sans enfants devaient prêter ce serment; les mères de famille y étaient aussi astreintes.

Julien prétendait qu'une femme pouvait convoler en secondes noces et néanmoins être admise à un legs annuel fait par son mari sous cette condition qu'elle ne se remariât pas tant qu'elle aurait des enfants. Mais si le testateur avait imposé à sa femme la condition de ne pas se remarier aussi longtemps qu'elle aurait des enfants impubères, la disposition de la loi ne s'appliquait pas, parce que le mari était censé avoir chargé sa femme du soin de ses enfants plutôt qu'avoir voulu lui imposer la loi du veuvage (1).

L'époque d'Auguste fut « l'âge d'or » pour les seconds mariages, âge qu'ils ne devaient plus connaître de longtemps. Le législateur ne leur avait jamais autant prodigué ses faveurs. Bientôt une violente réaction allait se faire sentir et bouleverser de fond en comble une législation péniblement élaborée.

III. — LÉGISLATION DES EMPEREURS CHRÉTIENS.

Le christianisme si persécuté et si combattu à sa naissance, vit son influence s'étendre progressivement jusqu'au jour où l'empereur Constantin, non seulement fit preuve de tolérance envers l'Eglise, mais encore lui ac-

(1) Dig. XXXV, tit. I, L. 62.

corda ses faveurs. Dès lors les idées, les principes chrétiens pénétrèrent jusque dans la législation.

Or, le mariage d'un veuf ou d'une veuve était jugé avec sévérité par l'Eglise. Tout second ou subséquent mariage était considéré comme entraînant une déchéance morale, et si les seconds mariages étaient tolérés, ils blessaient le sentiment austère des premiers chrétiens. Speciosum adulterum, honesta fornicatio, tels étaient les qualificatifs dont se servaient les Pères de l'Eglise pour désigner les secondes noces (1). L'Eglise d'Occident se contenta de refuser la bénédiction nuptiale au second mariage. Mais l'Eglise d'Orient, beaucoup plus rigide, institua des peines canoniques contre le second mariage et en réserva de plus sévères encore pour une troisième union (2).

De graves modifications furent apportées dans la législation des seconds mariages. « Au système d'Auguste, qui fut de multiplier les familles, un système tout nouveau et non moins moral est substitué : c'est de conserver la famille existante, de lui assurer son patrimoine, de la préserver des orages que font naître les querelles d'intérêt entre les différents lits (3). »

En 334, une constitution de l'empereur Constantin vint enlever au père binube l'usufruit des biens recueillis par ses enfants dans la succession de leur mère (4). Par conséquent, si ces biens étaient importants et l'usu-

(1) Athénagore. — Apol. legatio pro Christi. Clément d'Alexandrie. Stromates III.

(2) V. Laboulaye. — Recherches sur la condition civile et politique des femmes.

(3) Troplong. — De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains, p. 184.

(4) C. Th. VIII. 18. 3.

fruit considérable, cette perte était une sérieuse entrave pour un père qui voulait contracter une nouvelle union. Il est à remarquer que cette première déchéance était spéciale à l'homme (1).

Mais la femme ne jouit pas longtemps de la bienveillance des empereurs. Une distinction capitale dans l'échelle des peines allait s'établir, distinction, qui, jusqu'alors, avait une bien moindre importance. Elle résidait dans la célébration du mariage de la veuve pendant ou après l'année de deuil.

En 380, une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose frappa avec une extrême sévérité la veuve qui se remariait dans l'année de deuil. Elle encourut des déchéances inconnues dans l'ancien droit. Ce n'était plus seulement la fidélité à la mémoire du mari que le législateur voulait voir conserver pendant un temps déterminé, ni la crainte de la turbatio sanguinis qui le préoccupait le plus, c'était une véritable défaveur qu'il montrât envers les seconds mariages, une peine qu'il édictât contre ce qu'il estimait contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs. En cela les empereurs chrétiens dépassèrent les préceptes de l'Eglise; nous aurons l'occasion de nous en rendre compte par la suite. La veuve qui se remariait dans ce laps de temps était d'abord notée d'infamie, peine toute morale, mais qui n'en avait pas moins son importance. Puis elle était privée de tous les héritages, legs, fidéicommis, biens laissés par volonté suprême, donations mortis causa. Elle se voyait retirer toutes les libéralités reçues de son premier mari (Omnium preterea, heredi-

(1) L'empereur Léon, en 468, supprima cette anomalie. C. VI, 60, L. 4, en maintenant au père le droit d'usufruit.

tatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortiscausa donationum sit expers... His etiam amittendis quae prior maritus ei suprema voluntate reliquerit) (1). Ce n'était pas une confiscation, les empereurs, du reste, s'étaient empressés de l'annoncer, car ces biens perdus par la femme étaient attribués à dix personnes désignées par l'Edit du Préteur, à savoir aux ascendants, aux descendants et aux collatéraux jusqu'au deuxième degré, avant d'aller au fisc.

Si la femme se remariait *post tempus luctui statutum* la loi faisait une nouvelle distinction.

Si la femme avait des enfants de sa première union, elle devait transmettre intégralement aux enfants ou à celui d'entre eux qu'elle estimait le plus digne d'une telle succession, tout ce qu'elle avait reçu de son premier mari à quelque titre que ce fût. Cette élection étrange pouvait être un moyen de frauder la loi : ce choix était pour l'enfant la source d'un gros avantage; aussi, après entente préalable, la mère exerçait son droit à la condition d'en tirer profit pour elle-même (2). La femme conservait seulement l'usufruit des biens laissés par le mari défunt.

Si, au contraire, la femme n'avait aucune descendance de son premier mari ou si les enfants étaient décédés, elle conservait alors la pleine et entière propriété de tout ce qu'elle avait reçu. Elle avait le droit de

(1) L. 1. C. V. 9. — La capacité de recueillir des libéralités de dernière volonté fut totalement enlevée à la femme et elle ne conserva le droit de succession ab intestat que par rapport à ses parents du troisième degré ou d'un degré plus proche. Accarias A. Précis de droit romain, t. 1, n° 97, 3°.

(2) Le bénéfice de ce choix fut supprimé par Justinien dans sa Novelle II, ch. 1.

disposer de ces biens et de les donner par testament à qui bon lui semblait (1).

La tutelle fut pendant longtemps refusée à la mère. En 390, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadien portèrent une grave atteinte au principe de l'incapacité des femmes en permettant à la veuve âgée de vingt-cinq ans, à défaut de tuteurs testamentaires ou légitimes et à la condition de jurer, ad alias nuptias se non venire, de demander la tutelle de ses enfants (2). Mais avant de contracter un second mariage, la mère devait d'abord faire nommer un autre tuteur et rendre son compte de gestion. Elle pouvait négliger de remplir ces formalités et conservait en fait la tutelle. Les enfants avaient alors une hypothèque tacite sur les biens de leur mère et sur ceux de son nouvel époux : ces biens répondaient des suites de la tutelle : garantie qui n'était pas toujours très sûre.

Signalons encore la loi unique, « si secundo nupserit mulier (3) » des empereurs Valentinien et Théodose en l'année 392. Cette loi retirait à la femme remariée le bénéfice de l'usufruit constitué par le mari défunt sur ses biens. L'usufruit devait être restitué aux enfants communs du jour du mariage (usufructum quem ex priore marito consecuta fuerit, amittat). Cette loi était en quelque sorte la réplique à la constitution de Constantin de l'année 334 privant le père remarié des biens recueillis par les enfants dans la succession maternelle.

Jusqu'en l'année 444, à part la perte de l'usufruit à laquelle il vient d'être fait allusion, aucune mesure res-

(1) L. 3, C. V. 9.
(2) L. 2, C. V. 35.
(3) C. V. 10.

trictive n'atteignait le mari convolant en secondes noces, alors que le législateur avait accumulé les déchéances contre la veuve qui, on peut le dire, avait l'audace de se donner à un nouvel époux. Les empereurs Théodose et Valentinien comblèrent cette lacune et soumirent le mari ayant des enfants d'un lit précédent aux mêmes déchéances que la femme. Désormais il perdit la nue propriété des biens qu'il tenait de sa femme. Elle passait aux enfants ou à celui d'entre eux qu'il était en droit de choisir. La dot, dans le cas où il était autorisé à la garder (1), après la mort de sa femme passait aux enfants. L'époux remarié n'avait plus que la jouissance des biens reçus à titre gratuit de sa femme prédécédée (2).

Les deux lois 3 et 5 du livre V, t. 9, plus connues sous les noms de lois « fœminae » et « generaliter » avaient pour but principal la protection des enfants d'un lit antérieur, mais il n'en est pas moins vrai qu'indirectement elles se rapportaient à notre sujet puisqu'un époux remarié avec des descendants ne conservait plus que l'usufruit des biens qui lui venaient du défunt.

IV. — LÉGISLATION DE JUSTINIEN.

La législation de Justinien a été très considérable : il n'est donc pas surprenant de trouver des dispositions

(1) La dot profectice, constituée par le père de la femme ou un ascendant mâle, pouvait être conservée, en tout ou en partie, par le mari après la mort de sa femme; mais il fallait une convention spéciale. Pour la dot adventice la règle était que la dot restait au mari survivant (Ulpien. R. VI. 5). C'était un véritable gain légal de survie.

(2) L. 5, C. V. 9.

législatives relatives aux secondes noces. Mais, si Justinien a beaucoup légiféré, il n'a pas toujours apporté dans ses réformes la suite logique dans les idées qui conviendrait à un législateur.

Une des premières réformes de l'emperur fut de promulguer, en 531, une loi (1) réglementant la condition de viduité imposée à une veuve par son mari défunt. Justinien décida que les femmes pouvaient se remarier sans tenir compte de cette restriction et sans faire le serment de prendre un nouvel époux dans le but d'avoir des enfants. Néanmoins elles seraient susceptibles de recueillir les biens laissés par leurs maris (et ea percipere quae maritus dereliquit). Toutefois elles n'acquéraient pas la pleine propriété des biens qui restait aux enfants; elles recevaient seulement l'usufruit. Il serait intéressant de connaître les raisons qui ont poussé Justinien à faire cette réforme. « Puisque la nature a fait les femmes pour enfanter, disait-il, et qu'il est établi qu'elles y trouvent un très grand désir (cum enim mulieres ad hoc natura progenuerit, ut partus ederent, et maxima eis cupiditas in hoc constituta sit), pourquoi permettrions-nous, en parfaite connaissance de cause, que se commette un parjure? » Et il ajoutait : « Nous voulons augmenter notre république et la peupler d'une multitude d'hommes légitimement engendrés et non pas l'accabler de parjures impies. Cela paraît d'autant plus inhumain de pousser au parjure qu'il tombe sous le coup de la loi. » Ces raisons nous montrent que probablement deux influences agissaient sur lui à cette époque et se combattaient : celles des idées chrétiennes et celles

1) L. 2. C. VI. 40.

de l'ancien droit romain. Plus tard, l'influence de l'Eglise ayant prévalu, Justinien modifia sa propre législation.

La loi 3 du même titre décida que la disposition précédente s'appliquerait également aux hommes.

Mais ce fut surtout dans sa novelle XXII, caput XXII de l'année 536, que Justinien réglementa la législation des seconds mariages. Il maintint les dispositions que les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose avaient prises dans leur constitution de 380. Nous ne reviendrons pas sur ce point. Mais il apporta des modifications aux lois visant le cas où il y avait des enfants.

1° La femme convolait en secondes noces dans l'année de deuil. Dans ce cas, la femme avait la possibilité de se soustraire à l'infamie par une supplique adressée au prince; mais elle ne pouvait tirer d'autre parti du rescrit. Peut-être Justinien a-t-il voulu, par ce moyen, éviter que la honte de la mère rejaillisse sur ses enfants innocents. Il n'en est pas moins vrai que l'empreur s'arrogeait le droit d'approuver ou de critiquer un acte purement personnel, ce qui était arbitraire. En outre, si la femme voulait se libérer des autres peines qui l'atteignaient, c'est-à-dire éviter la perte des avantages lui venant de son premier mari, elle devait abandonner sans aucune condition, la moitié de ses biens personnels (suae substantiae) aux enfants du premier lit. Elle ne pouvait conserver l'usage de ce qu'elle leur abandonnait et le partage entre les enfants devait se faire d'une façon égale (1). C'était un adoucissement de la législation antérieure, car les avantages que la femme retirait de sa première union pouvaient être supérieurs aux biens personnels qu'elle devait céder aux enfants.

(1) Nov. XXII. Caput XXII.

2° La femme se remariait après le temps légal de deuil. Justinien décida expressément que la perte de la nue propriété avait également lieu pour les donations ante nuptiales (1). Cette déchéance n'existait pas antérieurement, ou bien l'interprétation de la loi était douteuse.

D'autre part, Justinien donna un délai de trois ans aux enfants ou à leurs héritiers pour revendiquer la propriété des biens qui leur était ainsi attribuée. S'ils n'avaient exercé leur droit dans ce laps de temps, la pleine propriété des biens était acquise au conjoint remarié, à moins que leur trop jeune âge n'ait reculé ce délai (2). Cette sorte de prescription commençait à courir du jour où les enfants paraissaient avoir en droit et en fait la libre disposition des biens. Ce fut un motif d'ordre pratique et moral qui présida à cette réforme. Les parents ne pouvaient plus ni aliéner ni hypothéquer ces biens, actes que, d'ailleurs, la loi leur interdisait. Il pouvait, de ce fait, en résulter une gêne pour les tiers; la valeur des actes que les parents auraient pu accomplir dépendait de la décision des enfants. Justinien a voulu aussi que les enfants revendiquent leurs droits sans retard pour faire cesser cet usage scandaleux qui érigeait les enfants en censeurs de leurs parents : Erubescit enim lex castigatores filios genitoribus statuere.

Justinien tempéra une autre disposition législative. Il lui a semblé trop dur que le conjoint, qui avait reçu, par volonté suprême, l'usufruit des biens du de cujus le perdît par le seul fait de son nouveau mariage au profit

(1) Nov. XXII. Caput XXIII.
(2) Nov. XXII. Caput. XXIV, der. parag.

des enfants. Il décida, en conséquence, que le conjoint remarié conserverait cet usufruit, à moins toutefois que la condition de viduité ait été apposée au legs (1). Cette réforme était sage et, en même temps, plus conforme aux véritables intentions du testateur.

Dès l'année 537, Justinien avait décidé que la veuve n'ayant ni dot, ni autres biens, prélèverait sur la succession de son mari revenant aux enfants le quart des biens, à la condition d'imputer sur ce quart les legs qu'elle aurait reçus. Par la novelle LIII l'empereur déclara que cette quote-part aurait lieu en dépit de toute clause contraire et il étendit cette mesure au mari. Quel était l'effet d'un second mariage sur cette quarte du conjoint pauvre? Justinien ne s'est pas formellement prononcé. Ce bénéfice devenait, en somme, une charge du mariage et ne devait pas être considéré comme une libéralité. D'après les principes généraux, il ne devrait pas être perdu par le convol en secondes noces. Pourtant la novelle XXII, parlant de la veuve sans descendance se mariant dans l'année de deuil, dit : neque percipiet aliquid horum quae a priore relicta sunt ei consortio, formule assez générale pour englober la quarte.

Sur d'autres points, par contre, Justinien se montra plus sévère que ses devanciers. Les femmes, tout au moins à partir des premiers empereurs, jouissaient des titres honorifiques de leurs maris et participaient aux honneurs qui y étaient attachés. Elles conservaient ces avantages, tout de vanité, il est vrai, après la mort de leurs maris; mais elles les perdaient par leur nouveau mariage. Ce n'était pas une déchéance spéciale aux

(1) Nov. XXII, cap. XXXII.

secondes noces, mais l'effet du droit commun : la femme suivant la condition de son mari. Il faut croire qu'en pratique il n'en était pas toujours ainsi, car Justinien se crut obligé de décider expressément que les femmes qui oubliaient le passé ne pourraient plus en conserver les avantages. Désormais il leur était interdit de jouir des honneurs et des privilèges de leurs premiers maris (1). Si leurs nouveaux époux étaient de condition inférieure, s'ils avaient des titres moins pompeux, cette mesure était un coup cruel porté à l'orgueil des grandes dames romaines.

On a vu précédemment qu'une femme pouvait obtenir la tutelle de ses enfants, si, entre autres choses, elle jurait de rester veuve. Mais si, au mépris de son serment, elle contractait une nouvelle union, et si elle ne faisait pas nommer de tuteur en ses lieu et place et ne rendait pas ses comptes, la loi donnait aux enfants hypothèque sur ses biens et sur ceux de son mari, garantie qui avait été jugée suffisante; il lui était, en outre, interdit de succéder à ses enfants non majeurs. Justinien s'étonna qu'une femme d'une telle impiété et qui méprisait ces trois grandes choses : Dieu, la mémoire de son mari et l'amour de ses enfants, fût frappée de peines si minimes. Aussi décida-t-il que ces femmes subiraient les mêmes déchéances que celles qui se remariaient dans l'année de deuil (2). Comme nous avons déjà mentionné ces peines sévères, nous ne les indiquerons pas à nouveau.

Les empereurs chrétiens, hostiles aux secondes noces, auraient dû s'empresser, nous semble-t-il, de déclarer

(1) Nov. XXII, cap. XXXVI.
(2) Nov. XXII, cap. XL.

valable la condition de viduité apposée à un legs par le prémourant des conjoints. Pourtant ils n'accomplirent pas cette réforme, ce qui n'était pas logique. Est-ce un oubli de leur part? Quoi qu'il en soit il faut arriver à Justinien pour voir trancher cette question dans le sens affirmatif et d'une façon fort ingénieuse (1). Justinien revenait, en cela, sur sa propre législation. Toute demande de la libéralité était interdite pendant une année. Ce temps écoulé, la remise de la libéralité pouvait être exigée, non pas cependant sans de sérieuses garanties minutieusement énumérées.

Le légataire devait d'abord s'engager à tout restituer dans le cas où il contracterait un second mariage et fournir une caution. Pour savoir comment cette caution était due, il y avait des distinctions. Selon la nature de l'objet légué, si c'était un immeuble qui était légué le conjoint survivant ne pouvait l'acquérir qu'après avoir donné une caution juratoire et hypothéqué ses biens. S'il contrevenait à la condition, il rendait l'immeuble légué tel qu'il l'avait reçu et la moitié des fruits perçus (ut si ad secundas venerit nuptias, reddat quod datum est, tale quale percepit restituens et quos accepit in medio fructus). Les mêmes garanties étaient exigées pour un meuble lorsque le conjoint avait suffisamment de biens pour garantir la restitution du legs. S'il s'agissait d'une somme d'argent, on se préoccupait de savoir si les biens du légataire étaient ou non suffisants pour répondre de la restitution. Dans l'affirmative on se contentait de la caution juratoire et de la constitution d'hypothèque. Dans le cas contraire, on exigeait l'engagement d'un ou plusieurs fidéjusseurs. La restitution

(1) Nov. XXII, cap. XLIV.

garantie était celle du capital et de tous les fruits perçus. Si l'époux était entièrement insolvable, il ne pouvait exiger que les intérêts au taux de 3 p. 100 et touchait seulement le capital du jour où l'on était sûr que la condition de viduité ne serait pas violée, lorsque, par exemple, il entrait dans les ordres. Dès que le légataire contractait un nouveau mariage, l'objet légué pouvait être réclamé à qui que ce fût, même s'il avait passé dans le patrimoine d'un tiers.

Enfin Justinien constatant que dans l'ancien droit les dernières volontés d'un testateur faisaient loi, avait décidé que le prémourant pourrait affranchir son conjoint des déchéances que la loi lui faisait subir (1). C'était encore un grand adoucissement à la législation précédente. Désormais un testateur aux idées généreuses, débarrassé de cet esprit étroit, de cette jalousie qui se manifeste par delà la tombe, était susceptible d'apprécier en conscience si l'intérêt de son conjoint, et même si son bonheur n'exigeaient pas qu'il prît un nouveau soutien dans la vie ou une nouvelle compagne. Mais il est étrange de constater qu'une législation permette à des particuliers d'écarter les déchéances établies.

En résumé, dans le dernier état du droit romain, les seconds mariages étaient vus avec méfiance par le législateur. Le convol de la femme dans l'année de deuil était particulièrement réprimé par une note infamante et par la perte de tous les avantages qu'elle était susceptible de recueillir dans la succession de son premier mari. Un mariage trop hâtif était considéré comme une injure si grave faite à la mémoire du mari et aux

(1) Nov. XXII, ch. II.

bonnes mœurs, que la loi devait la châtier sans pitié. Il était, en outre, de l'intérêt social d'éviter la turbatio sanguinis qui aurait porté atteinte à la famille. La perte de la nue propriété des biens provenant des libéralités ou de la succession du conjoint prédécédé, pour l'homme aussi bien que pour la femme, en cas d'existence d'enfants d'un lit précédent, avait pour but principal la protection de ces derniers. En effet, si le conjoint n'avait pas de descendance, il n'encourait aucune déchéance.

CHAPITRE II

Ancien droit français

ÉPOQUE BARBARE.

Les monuments de droit de l'époque barbare ont une grande analogie avec ceux du droit romain du Bas-Empire en ce qui concerne les seconds mariages, que les peuples germaniques ne voyaient pas avec faveur. « Plus sages encore sont les cités où seules les vierges se marient et où l'espoir et le désir d'être épouse s'épuisent en une seule fois. Ainsi les femmes n'ont jamais qu'un époux comme elles n'ont qu'un corps et qu'une âme. Leur pensée et leur désir ne peuvent rien rêver au delà de cette première union, et ce qu'il leur faut aimer c'est moins le mari que le mariage (1). »

Le droit barbare n'a pas exercé d'influence sur la législation postérieure, d'autre part il a été étudié en détail par de savants auteurs, tels que Pardessus (2),

(1) Tacite. — De moribus Germaniae. Liv. 4, ch. 19.

(2) Pardessus. — La loi Salique, 13e dissert. — V. aussi Boissonade. Histoire des droits de l'époux survivant. — Lefebvre. Introduction à l'histoire du droit matrimonial français.

aussi nous nous contenterons de signaler les textes réglementant les seconds mariages.

Le titre LXI de la loi Salique, traitait du mariage d'une veuve, mais il s'occupait plutôt des formalités que devait remplir l'homme qui désirait l'épouser. Les deux titres portant les numéros VII et VIII contenus dans les Capita extravagantia sont plus explicites sur la question étudiée.

La loi des Burgondes contenait également des dispositions concernant les seconds mariages, ce sont : les titres XXIV, paragraphe 1, XLII, XLIII et LXIX. Pour la loi des Wisigoths, voir le Liv. IV, paragraphes XIII et XIV.

ÉPOQUE FÉODALE.

L'époque féodale offre aussi des dispositions concernant les secondes noces ; mais la rigueur du dernier état du droit romain s'est considérablement atténuée. A cette époque l'intérêt du seigneur primait tout. Or, lorsque les fiefs devinrent héréditaires et patrimoniaux, les femmes purent devenir titulaires de fiefs et comme la veuve d'un vassal ne pouvait fournir les services d'ost et de cour auxquels était tenu son mari, elle devait choisir, après un an et un jour, un époux parmi trois personnes de sa condition présentées par le seigneur (1). Le ch. 87 des Assises de Jérusalem spécifiait : « Quand dame a et tient fié qui doit service de corps et qu'elle le tient en héritage ou en baillage, elle en doit le mariage au seigneur de qui elle le tient et il la semond ou fait

(1) V. Gide. — Conditions de la femme, liv. IV, ch. I.

semondre, comme il doit, de prendre baron. » Si une veuve voulait rester fidèle à la mémoire de son mari, une seule ressource se présentait à elle : abandonner son fief.

Une des premières libéralités, dit M. Laboulaye (1), conquises par la grande charte fut le droit accordé aux veuves de ne pas se remarier : « Nulla vidua distringatur ad se maritandum, faciat quod se non maritabit, sine assensu nostro, si de nobis tenuerit vel sine assensu domini sui de quo tenuerit si de alio tenuerit. »

Puisque le mariage était obligatoire pour une veuve, il était logique de ne pas lui enlever les avantages acquis en vertu de sa première union. Le second mariage de la femme ne lui faisait pas perdre son douaire. Le douaire était la transformation en gain de survie des dons nuptiaux germaniques. « Nous ne croyons même pas, dit M. Boissonade (2), qu'une convention expresse dans le douaire préfix, pût priver de ce douaire la femme remariée, parce qu'alors elle eût retrouvé le douaire coutumier en perdant le douaire conventionnel. » Mais il pouvait arriver que la quotité du douaire variât. Le douaire était, en général, de la moitié des biens propres du mari : en outre il fut, de bonne heure, déclaré transmissible aux enfants et même acquis de plein droit par ceux-ci. Le père ne pouvait donc plus disposer au préjudice de ses enfants des biens qui formaient le douaire de leur mère. De sorte que le douaire de la femme qui épousait un veuf ayant des enfants de sa précédente union ne pouvait plus être que de la moitié des biens disponibles de son mari, c'est-à-dire du quart. Une

(1) Recherches sur la condition privée et politique des femmes.

(2) Droit de l'époux survivant, n° 233.

troisième femme aurait vu son douaire réduit au huitième. Ce résultat n'était pas une déchéance attachée au remariage, mais l'effet des principes du droit. Pourtant Bouteiller prétend que selon les coutumes d'Artois, d'Amiens, de l'Isle, de Tournesis, la femme épousant un veuf ayant des enfants n'avait pas droit au douaire : « Et selon la costume d'Artois, d'Amiens, de l'Isle et de Tournesis, si l'homme avoit été marié et eust enfans vivans la seconde femme n'auroit point de douaire (1). » C'était une rigueur exceptionnelle.

En règle générale, l'époux remarié conservait les gains nuptiaux provenant de sa première union. Il y avait exception pour la femme qui se remariait dans l'année de deuil. D'après le ch. CLXVII des Assises de la Cour des Bourgeois, cette femme perdait toutes les libéralités faites par son premier mari. Les dispositions contenues dans ce chapitre sont calquées sur la constitution de 380 des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose.

Le droit de la famille s'effaçant devant l'intérêt du seigneur, c'était ce dernier qui prenait la garde de l'orphelin à la place de la mère. Les Etablissements de Normandie (2) nous en donnent la raison : « Qui gardera l'hoir orfelin qu'il convient être en l'autrui garde? La mère ne le gardera pas pourquoi? Pour ce que si elle prenait mari et en avait des enfants, les enfants pour la convoitise de l'héritage occiraient leur aisné frères et seroient hoirs, ou le mari même occirait son filiatre pour donner à ses fils l'héritage. » La confiance ne ré-

(1) Somme Rural. Tit. XCVII, p. 554.

(2) Marnier. — Les Etablissements de Normandie, p. 11.

gnait pas à cette époque et la vie humaine n'avait pas grande valeur.

La condition de rester en viduité apposée à un acte entre vifs ou à cause de mort était reconnu valable. Les Assises de Jérusalem sont formelles sur ce point : « Mais ce celuy prenet puis moillier la raison comande et juge que les parens de s'autre feme li pevent bien demander celuy don que sa moillier li fist et est tenu de rendre lor. Et c'il n'i a nul parent ne nule parente de cele feme la raison coumande que celuy don si deit torner au seignor de la terre, par dreit (1). » Beaumanoir critiquait la validité de la condition et la regardait comme contraire à la religion. « Et ainssint, dit-il (2), lessié aucune à leurs femes ou les femes à leurs maris, par tele condition que chil qui survivroit ne se remariast pas mis cheste condition est contre Dieu; et pour che nous est il advis en che cas que chil qui seurvist n'est pas tenus a remplir la condition se il ne la creanta a cheli qui fist le testament ou se il ne voua chastée. » Bouteiller, également, n'admettait pas la condition de viduité. Voici ce qu'il disait : « Et supposé que l'homme l'ordonnast ainsi en son testament et que sa femme se remariast, elle perdroit tout et c ou qu'elle fust privée de telle chose et c ou s'elle se tenoit de remarier elle iouiroit de telle chose : ou s'elle se remariait elle la perdroit. Schachez que tout ce n'y vaut car si plaist à la femme elle se pourra remarier et pour ce ne perdra elle son droict que par le testament doive ne puisse avoir par la générale costume du pays, veu ce que son mary lui avoit laissé si de se remarier se tenoit. »

(1) Cour des Bourgeois, chap. CXCVIII.

(2) Ch. XII, p. 73.

Dans un ménage serf, lorsqu'il n'y avait pas eu inventaire ni partage, la communauté continuait de plein droit après la mort de l'un des conjoints entre le survivant et les enfants. Son nouveau mariage ne privait pas l'époux de ce bénéfice. Il se produisait alors une indivision tripartite compliquée où étaient engagés les intérêts des enfants ou héritiers du prédécédé, ceux de l'époux survivant et ceux du nouveau conjoint.

Quelques exceptions peuvent être signalées. L'usange de Rohan en Bretagne (art. 25) faisait perdre à la femme remariée son douaire sur les domaines conjéables du mari. Dans la Flandre française, la veuve commune, seulement, avait le droit de vivelotte, c'est-à-dire l'usufruit de la totalité des rotures qui avaient existé dans les mains du mari comme propres. Quel était l'effet d'un second mariage sur ce droit? Bouteiller nous renseigne : « Mais s'elle avoit enfans et elle se remariast elle en perdroit la moitié. Et si les enfans se maroient si n'y auroient ils riens la vie de leur mère durant (1). »

En Normandie (2) les veufs avaient un avantage spécial : le droit de viduité. C'était le droit pour le mari veuf, qui avait eu de sa femme au moins un enfant vivant, de jouir de toute la succession laissée par elle. Il ne conservait plus que le tiers de ce droit, s'il contractait un nouveau mariage.

ÉPOQUE MONARCHIQUE.

Pour cette époque, il y a, avant tout, une distinction capitale à établir : les pays de droit écrit et les pays de

(1) Somme Rural, tit. XCVIII.
(2) Coutume de Normandie, art. 382.

coutumes. Dans les pays de droit écrit, le droit romain avait continué d'être en vigueur, et il était appliqué avec ses rigueurs contre les secondes noces et en particulier contre le mariage des veuves dans l'année de deuil. Au contraire, les pays coutumiers jugeaient moins sévèrement le mariage d'un veuf ou d'une veuve. Du reste la plupart des coutumes, dans leur rédaction primitive, ne restreignaient pas les droits du conjoint remarié sur les biens provenant de la première union. Et chose curieuse, dans les pays coutumiers il avait été fait appel à l'autorité de l'Eglise pour motiver l'indulgence montrée à l'égard des seconds mariages.

Il peut paraître étrange, en effet, que les pays coutumiers se soient appuyés sur une telle autorité, alors que l'on a vu précédemment les empereurs romains, subissant la même influence, légiférer d'une manière toute différente. C'est que ces derniers avaient exagéré les principes chrétiens et que l'Eglise avait atténué son ancienne rigueur.

Le septième canon du concile de Nicée avait déclaré hérétiques les cathares ou purs qui condamnaient les seconds mariages et avait défendu de les admettre à entrer dans l'Eglise s'ils n'abjuraient pas leur erreur.

Le concile de Paris de 829 abaissa même le délai de viduité à trente jours. Si c'était faire preuve d'une grande tolérance envers les secondes noces, on négligeait de la sorte la crainte de la confusion de part, ce qui était une erreur et un danger pour la famille.

Saint Paul (1) avait décidé que la veuve était libre

(1) Saint Paul. — Epit. 1er. Aux Corinthiens, ch. 7, verset 39. « Mulier aligata est legi quanto tempore vir ejus vivit; quòd si dormierit vir ejus libera est cui vult nubere, tantum in Domino. »

après le décès de son mari et qu'elle pouvait se marier à qui elle voulait. Se référant aux paroles de Saint Paul, le pape Alexandre III, vers l'an 1186, et le pape Innocent III, vers l'an 1214, dérogèrent aux lois romaines et décidèrent que la femme ne subirait plus l'infamie légale et qu'elle pourrait se remarier à qui elle voudrait. Dès lors cette décrétale a été suivie dans toutes les provinces coutumières. La peine de l'infamie fut également abolie dans les pays de droit écrit; c'est la seule atténuation qu'ils admirent.

§ 1. — *Pays de droit écrit.*

Les Parlements qui appliquaient les lois romaines étaient ceux de Toulouse, Grenoble et Aix. Le Parlement de Bordeaux qui, pourtant, comptait au nombre des quatre Parlements de droit écrit, avait une Jurisprudence qui n'admettait pas les peines des secondes noces. Par contre, le Parlement de Dijon, qui n'était pas à proprement parler pays de droit écrit, avait une Jurisprudence analogue à celle des Parlements de Toulouse, de Provence et du Dauphiné.

Dans les pays de droit écrit, comme dans le droit romain, il existait une différence de peines contre les mariages des veuves, entre ceux qui se célébraient pendant ou après l'année de deuil. Maynard (1), commentant un arrêt du Parlement de Toulouse, nous donne les motifs des peines appliquées contre les femmes se mariant dans l'année de deuil : « La Cour de Tholose, au contraire, bonne, équitable et aimant et chérissant

(1) Notables et singulières questions de droit escrit. Liv. III, ch. 92.

entre autres parties l'Epiiquie tant recommandée contre le droit cruel et rigoureux : n'a voulu en cet endroict quant aux gains aduantages et biens temporels relascher aucune chose aux femmes mesmes à celles qui se marient dans l'an du deuil, non seulement pour crainte de la confusion et meslange de la race et lignée que les Jurisconsultes appellent sang ains plutôt pour les bonnes mœurs et honnesteté politique, afin qu'elles ne puissent Rabelestiquement vauter toutes les sangles ostées pouvoir ioüer librement au serre cropière incontinent après la mort de leurs mari sans attendre heure ny demie, oubliäns tout à fait et comme en poste ceste iuolable société des choses diunes et humaines telle que doit estre entre le mary et la femme pour prendre à la volée un second mariage ou plustot une conciupcence charnelle en voyant au plus profond du fleuve d'oubly leur premier mary vrai seigneur et compagnon d'amitié de l'esprit autant que du corps. »

Cette violence avec laquelle un juriste, qui devrait être habitué à la pondération, stigmatise la femme trop oublieuse sans doute, nous paraîtrait bien excessive aujourd'hui.

Les femmes qui se remariaient intra annum, perdaient leurs avantages nuptiaux, aussi bien l'usufruit que la propriété. Elles étaient privées de ce que leurs maris leur laissaient par testament, soit à titre d'institution héréditaire ou de legs même en usufruit, soit à titre de donations par contrat de mariage.

Naturellement la femme perdait ses habits de deuil et devait les rendre ou restituer le prix qu'ils avaient coûté. Dans le duché de Bourgogne, là où la coutume

avait établi la communauté de biens, la femme ne perdait pas sa part des meubles et des acquêts parce que ce n'était pas son mari qui lui donnait cette part, mais la coutume, et qu'elle en acquérait la pleine propriété au décès de son mari (1).

Quelques exemples nous feront connaître la Jurisprudence des Parlements des pays de droit écrit.

Un arrêt du Parlement de Toulouse, en date du 12 août 1572, priva une femme, remariée dans l'année de deuil, de l'usufruit des biens que son premier mari lui avait laissé par testament, et de la légitime qui lui était due (2).

Autre arrêt du même Parlement de 1581, rendu le jour de la Pentecôte, refusant à une femme l'augment de dot qu'elle prétendait lui être dû (3).

Une femme fut privée des biens qui lui avaient été laissés et du legs de mille livres que lui avait fait son mari. De plus, elle fut condamnée à restituer les fruits (4). Arrêt du Parlement de Toulouse en date du 5 janvier 1575

Un arrêt général du Parlement de Dijon, du 12 août 1628, au profit de Jacques Philibert et de Nicolas Heurtaut et consorts, héritiers de Daniel Heurtaut, contre Charles Garrot, mari de Jeanne Brenot, veuve de Daniel Heurtaut, qui s'était remariée dans l'année de deuil, décida qu'à l'avenir les femmes qui convoleraient en secondes noces dans ce laps de temps seraient privées de tous les droits et de toutes les libéralités qu'elles

(1) Taisand. — Coutume générale des pays et Duché de Bourgogne, ote X, p. 326.

(2) Cité par Maynard. Liv. III, ch. 98.

(3) Cité par Maynard. Liv. III, ch. XCI.

(4) Cité par Maynard. Liv. III, ch. XCII.

pourraient tenir de leurs maris prédécédés (1). Cet arrêt laisserait entendre que jusqu'alors le Parlement de Dijon n'appliquait pas les peines des secondes noces.

Dans la suite ce Parlement se montra fort rigoureux. C'est ainsi que le 2 janvier 1673, il fut jugé qu'une femme qui avait convolé en secondes noces neuf mois après la mort de son mari perdait non seulement « ses precipuités matrimoniales », mais encore son douaire, bien qu'elle eut joui pendant près de trente-cinq ans de l'assignal et des fruits de son douaire.

Le délai de l'année était rigoureusement appliqué et pris à la lettre. Laroche (2) rapporte un arrêt du Parlement de Toulouse qui décida qu'une femme remariée un jour seulement avant l'année révolue était sujette aux peines des secondes noces intra annum. Castellan (Liv. 4, ch. 71) cite également un arrêt du 2 mai 1663 du même Parlement analogue et dans le même sens contre une veuve mariée deux jours avant la fin de l'année. Cet auteur prétend que l'année marquée par les lois n'est qu'une indulgence et une dispense dont elles ont usé à l'égard des femmes en donnant une limite à ce deuil, et il ajoute : « Il est de trop dangereuse conséquence de permettre qu'on prenne sur de pareilles règles de devoir, d'honnêteté et de bienséance; si peu qu'on prenne les règles s'affaiblissent insensiblement et se trouvent à la fin anéanties. »

La quarte du conjoint pauvre était également perdue pour la veuve mariée dans l'année de deuil. Maynard rapporte un arrêt du Parlement de Toulouse, de février

(1) Rapporté par Tairand. Note IX, page 325.

(2) Livre 2, Mariage, tit. 14, art. 27.

1579, rendu, dit-il, « sans difficulté ny doute quelconque ».

Les hommes n'étaient soumis à aucune déchéance spéciale lorsqu'ils se remariaient dans l'année de deuil : ils n'étaient pas obligés de pleurer leurs femmes. Les règles de la bienséance n'étaient pas violées par leur trop prompt mariage, et enfin la crainte de la turbatio sanguinis n'existe pas pour eux.

Un mari pouvait-il remettre à sa femme les peines de l'an de deuil, soit en l'autorisant à se remarier selon son désir, soit en lui faisant un legs pour qu'elle trouvât un parti plus avantageux?

Au Parlement de Toulouse les peines de l'an de deuil ne pouvaient être remises, parce que, jugeait-on, un mariage contracté précipitamment n'offensait pas la mémoire du mari défunt et de tous ses parents, mais il était contraire aux bonnes mœurs. Or, des particuliers ne peuvent jamais remettre une peine qui intéresse l'ordre public.

Pourtant, dit Dupin (1), le sentiment général des anciens docteurs s'accorde en ce point que le consentement du défunt conjoint, à ce que le survivant se remarie, le met à l'abri des peines des secondes noces. C'était aussi l'opinion qui prévalait au Parlement d'Aix où l'on jugeait que le consentement tacite était suffisant.

Le Parlement de Paris, qui, cependant, n'appliquait pas les peines des secondes noces, rendit un arrêt, en date du 19 août 1715, sur les conclusions de M. Lamoi-

(1) Traité des peines des secondes noces. Tit. V, ch. IV.

gnon, déclarant nulle la clause insérée dans le testament du sieur Claude Chorel, clause par laquelle il remettait les peines des secondes noces à sa femme, dans le cas où elle se remarierait après sa mort. La veuve de Claude Chorel avait épousé François de la Cour et elle l'avait avantagé. Paul Verrette, tuteur des enfants, l'avait prétendue déchue des avantages faits par son premier mari. Elle avait soutenu le contraire avec son second mari à la Sénéchaussée de Lyon où ils avaient gagné leur procès. Mais un mari ne peut contrevenir à la disposition d'une coutume et M. Lamoignon avait montré par la disposition de la nov. 22, ch. 23 et 24, que le premier mari n'avait pu dispenser sa femme des peines des secondes noces parce que c'était prostituer lui-même sa femme que de consentir à l'injure qu'elle lui fait. Le Parlement de Paris avait à juger un fait régi par le droit écrit : sa décision n'est donc pas surprenante.

Lorsque la femme avait attendu le temps légal de deuil, elle ne subissait plus, à proprement parler, des peines. En effet, lorsqu'il s'agissait de seconds mariages dans l'année de deuil, les lois et les Parlements se préoccupaient moins de l'intérêt des enfants du premier lit que l'atteinte portée aux bonnes mœurs : ils sévissaient, qu'il y eût ou non des enfants. Les proches parents du défunt n'étaient pas les seuls à pouvoir intenter l'action; le fisc et les autorités judiciaires avaient également ce droit. Dans le cas présent il était presque toujours question de l'intérêt des enfants. L'homme remarié ayant des enfants subissait les mêmes déchéances que la femme. Dès que cet intérêt des enfants disparaissait, les « peines » ne s'appliquaient plus.

L'ancienne Jurisprudence du Parlement de Toulouse, le plus sévère contre les secondes noces contractées dans l'an de deuil, ne leur était pas hostile dans ce cas.

Ainsi, Maynard (1) rapporte un arrêt de la seconde Chambre des enquêtes de ce Parlement, en date du 1er septembre 1579, qui décida qu'une veuve remariée peu de temps après l'année de deuil avec un ennemi personnel de son mari défunt conservait les avantages, les libéralités provenant de son premier mari. Ces deux personnages, le second mari et celui qui était mort, avaient eu plusieurs procès, accusations et poursuites criminelles devant le même Parlement.

Modifiant sa propre Jurisprudence, le Parlement de Toulouse se montra d'une sévérité excessive. Par arrêt du 14 août 1698, rapporté par Dupin, il alla jusqu'à priver la mère remariée de l'usufruit des libéralités de son premier conjoint. Mais, comme le fait remarquer Dupin, sur ce procès il y avait eu partage en la première Chambre des enquêtes et il avait été porté à la deuxième Chambre. C'est probablement un arrêt isolé.

La femme qui n'avait pas de descendance gagnait de plein droit son augment de dot et les autres libéralités de son mari défunt. La conservation de ces avantages avait lieu même lorsque la femme avait eu des enfants qui lui étaient tous prédécédés, soit avant, soit après son second mariage. Car dans l'un et l'autre cas l'augment de dot et les libéralités dont la femme avait perdu la propriété lui revenaient librement et sans aucune charge, c'est-à-dire sans que les créanciers des enfants prédécédés puissent faire valoir de droits, même si les

(1) Liv. 4, chap. 98.

enfants n'avaient pas laissé suffisamment de biens personnels pour désintéresser leurs créanciers.

Tout ce que nous dirons dans la suite visera donc le cas où il existait des enfants du lit antérieur.

La femme majeure ou mineure perdait la propriété des biens qu'elle avait eus de son premier mari et n'en retenait que l'usufruit. Elle était obligée de conserver à ses enfants les avantages nuptiaux acquis par le prédécès de son mari. Il en était de même pour les biens que son mari lui avait laissés soit par donation à cause de mort, soit par testament à titre de legs. Les enfants avaient hypothèque du jour où les biens étaient parvenus à leur mère. Si les biens provenant du chef du mari consistaient en deniers, meubles, ou effets mobiliers, la mère devait donner caution de leur restitution en cas de convol. Si elle ne voulait ou ne pouvait pas cautionner, les biens étaient laissés aux enfants, à charge de donner eux-mêmes caution de payer annuellement les intérêts à leur mère.

On a vu, en droit romain, que la veuve qui se remariait sans avoir fait nommer de tuteur à ses enfants, rendu compte et payé le reliquat, était soumise aux mêmes peines que les femmes qui se remariaient dans l'an de deuil.

Dolive (1) assure que cette loi avait paru si sévère au Parlement de Toulouse, qu'il avait cherché à l'adoucir, et qu'il avait estimé que la femme était suffisamment punie par la privation de la succession de ses enfants, et de la substitution pupillaire faite à son profit. Cet auteur rapporte à l'appui de son opinion un arrêt de ce

(1) Questions notables. Liv. 3, ch. 6.

Parlement du 10 octobre 1635, par lequel il fut jugé qu'une telle femme n'était pas privée de l'usufruit de son augment de dot. Puis le même auteur cite deux arrêts postérieurs, l'un de juillet 1639 qui retira à une femme les legs que lui avait faits son mari, l'autre du 22 décembre de la même année privant une femme de l'usufruit de son augment. Le Parlement avait donc aggravé sa jurisprudence car c'était la peine encourue par la femme remariée dans l'an de deuil. Néanmoins il existait une différence entre ces deux sortes de femmes au point de vue des peines.

La minorité de la femme la relevait de la peine qu'elle encourait pour l'omission à la nomination d'un tuteur, ce qui n'avait pas lieu pour le cas de mariage trop hâtif. Les peines encourues par la femme qui n'avait pas fait nommer de tuteur se réduisaient à trois : privation de la succession de ceux de ses enfants décédés encore mineurs, privation des fruits ou intérêts des biens légués par son mari défunt, déchéance des intérêts de l'augment. Il est vrai que ces peines étaient les plus importantes pour le sujet qui nous occupe. Dans le deuxième cas la femme subissait d'autres peines.

Bien que les enfants aient plus à craindre du mariage de leur père parce que les pères ont plus d'autorité sur eux que les mères, cependant les déchéances encourues par les hommes étaient plus douces que celles des femmes : 1° ils n'étaient pas assujettis à donner caution de rendre le contre-augment à leur décès; 2° ils ne perdaient pas l'administration des biens de leurs enfants du premier lit ni l'usufruit qui leur étaient acquis sur

tous les biens des enfants, par droit de puissance paternelle.

Le conjoint décédé pouvait remettre au survivant les peines des secondes noces après l'an de deuil.

Le Parlement de Toulouse exigeait le consentement très exprès. Astruc (1) nous donne un exemple qui a été jugé, dit-il, mais sans préciser davantage. Un mari avait institué sa femme usufruitière de ses biens sans être tenue de rendre compte pendant le temps de son veuvage, à charge de rendre l'héritage à ses enfants. Dans le cas où elle convolerait, il lui léguait la somme de mille livres. La femme contracta une nouvelle union post annum. Elle perdit non seulement la jouissance des biens comme il était spécifié, mais encore la propriété des mille livres, parce que le défunt n'avait pas expressément dispensé des peines que les secondes noces entraînaient. Ces peines édictées en faveur des enfants n'étaient nullement de la nature de celles qui devaient être adoucies.

§ 2. — *Pays de coutume.*

Il est bien difficile de donner des notions générales d'après les coutumes. Sur beaucoup de dispositions, celles-ci ne s'accordaient pas; il y avait bien des décisions contraires et les principes étaient souvent contradictoires.

Nous commencerons par la Jurisprudence. Les Parlements de Paris, de Bretagne, de Rouen, de Bordeaux

(1) Traité des peines des secondes noces, p. 464.

(bien que de pays de droit écrit) n'appliquaient pas les peines des secondes noces.

Choppin (1) rapporte un arrêt du Parlement de Paris, du 3 février 1584, qui maintint à une veuve les libéralités que lui avait faites son mari défunt. Pourtant cette femme avait convolé en secondes noces dans l'année de deuil et n'avait pas fait nommer de tuteur à ses enfants.

Par arrêt du 8 mars 1618, rapporté par Béchet, le Parlement de Bordeaux décida que les veuves qui se remariaient dans l'an de deuil étaient dans la même condition que celles qui convolaient après ce délai.

Le Parlement de Rouen, par arrêt rendu en la Grande Chambre, le 25 mars 1649, révoqua le legs de tous les meubles fait par un mari à sa femme à cause du temps qui séparait la mort de ce dernier et le second mariage de sa femme, mais il lui conserva son douaire. La femme s'était remariée vingt-cinq jours seulement après la mort de son mari. Cet arrêt ne prouve pas l'hostilité du Parlement de Rouen contre les secondes noces. Il faut tenir compte de la confusion de part à éviter, ce qui est un motif assez grave pour qu'une femme n'enfreigne pas impunément le délai que la loi lui prescrit d'observer.

La condition de viduité apposée à un legs ou à toute autre libéralité à cause de mort était reconnue valable non seulement dans les pays de droit écrit où l'on suivait les règles de la novelle XXII, mais aussi dans les pays coutumiers. Cependant l'ordonnance sur les substitutions d'août 1747 (art. 45), où il était dit : « La con-

(1) Liv. 3, tit. 2, § 2.

dition de se marier est censée avoir manqué et celle de ne point se remarier, *dans le cas où elle peut être valable,* est censée accomplie lorsque... etc. », tendrait à montrer qu'elle ne fut pas toujours considérée comme valable.

Anne Robert rapporte un arrêt du Parlement de Paris prononcé en robes rouges le 4 mars 1562 qui repoussa la demande d'une veuve remariée soutenant la nullité de la condition de viduité. Il s'agissait, en la circonstance, d'un don mutuel et réciproque entre époux de tous biens présents et conquêts, fait sous la condition que le survivant ne se remarierait pas. Le mari était mort, laissant sa veuve sans enfant et âgée de vingt-six ans.

A cette époque, il n'y avait pas lieu de se récrier contre cette jurisprudence et de prétendre qu'admettre la condition de viduité était immoral, et que c'était encourager le concubinage. La jurisprudence, en effet, était unanime pour étendre la disposition testamentaire au cas d'inconduite notoire du légataire, lorsque le testateur n'avait mentionné que le remariage. C'était logique et en même temps conforme aux véritables intentions du disposant. Il serait choquant qu'une personne mentionne le concubinage à la suite d'une libéralité testamentaire qu'elle fait à son conjoint survivant.

Le Parlement de Paris, hostile pourtant aux peines des secondes noces, alla jusqu'à condamner une veuve à restituer son douaire aux héritiers de son mari qui le réclamaient, parce qu'elle avait mené une vie de débauche pendant l'année de son deuil. Arrêt du 15 avril 1571, cité par Anne Robert.

Généralement une veuve qui contractait un second

mariage ne perdait pas son douaire. « Femme se remariant ne doit perdre son douaire », disait Loysel (1). Pourtant, d'après Pothier (2), les futurs conjoints pouvaient insérer dans leur contrat de mariage la clause, qu'en cas de convol, la veuve perdrait son douaire pour le tout ou pour partie. Et Pothier ajoutait : « L'auteur du Traité des contrats de mariage nous apprend que l'on convient souvent que la femme ayant des enfans, sera privée en cas de convol, d'une partie de son douaire, de laquelle partie les enfans entreront en jouissance du jour du convol. »

L'art. 454 de la coutume de Bretagne faisait perdre le douaire à la veuve qui se mariait avec son domestique, personne indigne de sa condition.

Dans la coutume de Metz, la femme qui convolait en secondes noces devait restituer le tiers de son douaire aux enfants du premier lit.

Du reste, la royauté s'était montrée de plus en plus sévère pour les seconds mariages célébrés entre personnes de condition sociale très différente. Ainsi l'article 145 de l'ordonnance de 1629 portait : « Ajoutant au 182 article de l'ordonnance de Blois, voulons que les femmes veuves, ayant enfans, qui se remarieront contre et au préjudice de ladite ordonnance, soient privées du douaire à elles acquis par leurs premiers mariages. » Cette ordonnance avait été enregistrée aux Parlements de Toulouse, Grenoble, Bordeaux et Dijon. Nous avons vu précédemment un arrêt du Parlement de Dijon qui prouve que cette ordonnance était appliquée dans toute sa rigueur.

(1) Maxime 175, livre I, tit. III.

(2) Tome IV. Traité du douaire. Partie I, ch. VI, art. 2.

La femme comme le mari, de condition noble, pouvaient acquérir la garde de leurs enfants mineurs, lorsque l'un des conjoints était décédé. Cette garde procurait des avantages à la personne qui l'exerçait. Tous les meubles et les fruits des héritages lui appartenaient jusqu'à l'âge de la puberté des enfants. Les seconds mariages n'avaient pas partout le même effet sur le droit de garde.

Dans plusieurs coutumes, ceux-ci faisaient perdre cet avantage aux parents : telles étaient les coutumes de Paris art. 268, de Calais art. 130, d'Etampes art. 89, de Clermont art 172, de Vermandois tit. 3, art. 261, de Reims art. 332, d'Anjou tit. 7, art 85, du Maine tit. 8, art. 98. Dans ces coutumes, les hommes aussi bien que les femmes perdaient la garde de leurs enfants. Cette privation n'avait lieu que pour les mères dans les coutumes de Melun art. 286, du Grand Perche art. 261, de la Marche art. 81, de Blois tit. 2, art. 9.

L'ancienne coutume de Bourgogne conservait à la mère remariée la baillisterie et la tutelle de ses enfants. Lorsque la coutume fut réformée, en 1575, la tutelle fut enlevée à la mère qui convolait en secondes noces « en raison de la contrariété avec le droit romain », déclare Taisand dans son commentaire. Le père ne se voyait pas retirer la tutelle par son convol.

Les époux qui ne pouvaient pas se faire de donations pendant le mariage avaient le droit de se gratifier réciproquement par le don mutuel, dont bénéficiait le survivant. Le don mutuel n'était permis, en général, que dans le cas où il n'y avait pas d'enfant. Par sa nature, cet avantage n'était pas soumis aux peines des secondes

noces. C'est ce que décidait la plupart des coutumes. Mais les conjoints pouvaient décider du contraire par une clause insérée dans le contrat. Cette clause devait être rédigée dans des termes très précis. Ainsi Pothier prétendait que « la clause par laquelle il aurait été dit que le survivant ne jouiroit que pendant le temps qu'il demeuroit en viduité » ne faisait pas perdre le don mutuel lorsque l'époux contractait une nouvelle union. Ferrière cite un arrêt du Parlement de Paris, du 19 avril 1640, en ce sens. On décidait, généralement, que la jouissance cesserait seulement au jour du second mariage. L'époux remarié n'était pas tenu, en conséquence, de restituer les fruits perçus.

Dans ce cas encore les coutumes différaient beaucoup. Ainsi certaines d'entre elles, comme celles de Bretagne, de Châteauneuf, du Maine, art. 334, admettaient le don mutuel malgré la présence d'enfants, mais décidaient qu'il était révocable en cas de second mariage, bien que cet avantage consistât seulement en usufruit.

La coutume du Poitou, art. 209, permettait le don mutuel, jusqu'à concurrence de la propriété des meubles, des acquêts et du tiers des propres, mais le restreignait à l'usufruit en cas de convol.

Dans les coutumes du Nord, de Lille, de Douai, d'Arras, de Cambrai, de Valenciennes, il existait un avantage spécial. C'était l'entravestissement ou ravestissement (1). L'entravestissement donnait au survivant des époux mariés sous le régime de la communauté la pleine propriété de toute la part du conjoint prédécédé dans la communauté, meubles et héritages. Ce qu'il y

(1) V. Merlin. — Répertoire, sect. II, §2.

avait d'exhorbitant dans cet avantage, c'est qu'il excluait même la légitime des enfants. Aussi était-il subordonné à la condition de viduité, sous peine d'être réduit à la propriété des meubles. C'était l'entravestissement de sang. Il en existait un autre, dit entravestissement par lettres. Ce dernier était conventionnel et laissait une plus grande liberté que le premier. Il pouvait avoir lieu même en l'absence d'enfant et c'était même sa principale utilité. Le convol ne faisait pas perdre ce bénéfice, puisqu'il n'y avait pas d'enfants à protéger. Mais une clause dans l'acte d'établissement pouvait toujours décider du contraire.

D'après la coutume d'Orbey, art. 46 (1), le conjoint survivant avait la jouissance viagère de tous les biens du conjoint prédécédé, mais à la charge d'entretenir les enfants. Cet usufruit considérable et préjudiciable aux enfants était perdu si le conjoint survivant convolait en secondes noces.

Nous n'avons pas encore parlé de l'Edit de Fontainebleau de 1560, ou Edit des Secondes Noces (2). Ce n'est qu'incidemment que nous en ferons mention, car il n'intéresse pas d'une façon directe notre sujet. Le deuxième chef de l'Edit, seul, est à retenir. Il décidait que les femmes ou les hommes étaient tenus de réserver à leurs enfants du premier lit les dons et les libéralités venant du conjoint prédécédé. Les termes mêmes de l'Edit semblaient viser seulement les donations proprement dites ou les dispositions testamentaires. Mais la Jurisprudence n'avait pas tardé à faire entrer dans la ré-

(1) Coutumes de la Haute-Alsace, dites de Fenette, par M. Bonvalot.

(2) Pour le texte, v. Isambert, Decrusy et Taillandier. — Recueil général des anciennes lois françaises, 1829, tome XIV, n° 30.

serve tout ce qui pouvait provenir, au conjoint remarié, des conventions matrimoniales de sa précédente union.

L'Edit des Secondes Noces était moins rigoureux que les constitutions impériales romaines. En effet, d'après celles-ci, le conjoint remarié perdait la propriété des biens lui venant de son premier époux au profit de leurs enfants communs. L'Edit conservait, au contraire, la propriété à l'époux remarié : à sa mort seulement, les biens devaient revenir intacts aux enfants, appelés ainsi à une véritable substitution légale.

L'Edit des Secondes Noces avait été publié dans toutes les Cours des provinces du royaume, excepté au Parlement de Bordeaux; il ne l'avait pas été dans les provinces réunies depuis à la couronne par Henri IV et ses successeurs, comme les trois évêchés de Metz, Toul et Verdun, l'Alsace, la Franche-Comté, la Bresse, le Béarn, la Navarre, le Roussillon, la Corse, la Flandre, l'Artois, le Hainaut, le Cambrésis, les duchés de Lorraine et de Bar.

Dans la Flandre, l'Artois, le Hainaut, le deuxième chef fut érigé en loi expresse par l'art. 28 de l'Edit Perpétuel des Archiducs Albert et Isabelle, de 1611.

Dans les duchés de Lorraine et de Bar on suivit une ordonnance donnée par le duc Léopold le 22 décembre 1711, dont les dispositions étaient les mêmes que celles de l'Edit de 1560.

Beaucoup de coutumes reproduisaient le texte même de l'Edit; d'autres, celles de Paris, d'Orléans, d'Amiens, de Calais, avaient donné, dans leur seconde rédaction, une interprétation plus rigoureuse au deuxième chef de l'Edit. Elles faisaient entrer dans la réserve des enfants

du premier lit la part que la femme veuve prenait dans la communauté dissoute, portion de biens que l'Edit n'avait pas visée. En effet, il ne mentionnait que les dons et les libéralités, venant du premier conjoint, et la part de communauté recueillie par la femme est une acquisition onéreuse et non gratuite. L'art. 279 de la coutume de Paris fit rentrer dans la catégorie des avantages réservés aux enfants les conquêts de communauté. L'art. 203 de la coutume d'Orléans fit sienne cette disposition d'une façon plus explicite et plus complète encore.

La Jurisprudence avait donné aux termes de la coutume de Paris le sens le plus large en faisant rentrer dans les conquêts réservés non seulement les immeubles mais les meubles. La question était restée longtemps controversée. Plusieurs auteurs (1) avaient exprimé l'opinion de laisser à l'époux remarié la libre disposition des conquêts mobiliers. C'est d'Aguesseau (2) qui avait fait triompher l'interprétention extensive. Tous les conquêts de la communauté, meubles et immeubles, tombaient dans la réserve des enfants en cas de second mariage. Si le père ou la mère en avait disposé, une action en révocation était ouverte à tous les enfants sans distinction de lit. Il fallait, toutefois, qu'il existât encore un enfant du premier lit au moment du décès de l'époux remarié. Si les conquêts avaient été aliénés à un étranger, les enfants du premier lit seuls avaient une action en réduction dont ils étaient les seuls bénéficiaires.

(1) V. notamment Ferrière Claude. — Coutume de la vicomté et prévôté de Paris, p. 218.

(2) D'Aguesseau. — 41e Plaidoyer.

CHAPITRE III

Droit intermédiaire

Pour le législateur de la Révolution, le mariage ne fut plus considéré comme un lien indissoluble; ce n'était plus qu'un contrat civil. La loi du 20 septembre 1792 admit le divorce par simple consentement mutuel et même sur la demande d'un seul des époux pour incompatibilité d'humeur. Une législation qui voyait dans la liberté de l'individu un droit sacré et qui était aussi favorable pour le divorce, devait logiquement regarder sans la moindre malveillance les seconds mariages. Aucune loi ne réglementait d'une façon spéciale les seconds mariages, mais les lois du 5 septembre 1791 et du 17 nivôse, an III, nous montrent les véritables sentiments du législateur à leur égard.

La première de ces lois réputait non écrite la condition de ne pas se marier apposée à une disposition tes-

tamentaire, mais elle était muette sur la condition de viduité. La Jurisprudence en avait conclu que cette clause était valable. (Cass. 22 niv., an IX, et 20 octobre 1807). La loi du 17 nivôse, an II, vint lever le dernier obstacle qui pouvait entraver les seconds mariages, en déclarant, dans l'art. 12, non écrite la condition de viduité.

La loi du 17 nivôse (art. 13) avait certainement abrogé le premier chef de l'Edit des Secondes Noces. Mais la question était plus douteuse pour le deuxième chef qui décidait que l'époux binube devait conserver aux enfants du premier lit les avantages provenant du conjoint prédécédé.

Chabot (1) pensait que la loi de nivôse n'avait pas abrogé le second chef de l'Edit même pour les donations faites ou ouvertes sous son empire. Il basait son opinion sur la Jurisprudence de la Cour de Cassation.

Un arrêt du 3 brumaire, an IX, avait décidé qu'une femme remariée dans l'année de deuil, sous l'empire de la loi de nivôse, était privée des avantages que lui avait fait son premier conjoint.

Un autre arrêt de la section des requêtes de la Cour de Cassation, du 2 mai 1808, avait maintenu un arrêt de la Cour de Nîmes du 12 décembre 1806, qui avait décidé qu'un sieur de Beaulieu devait, par l'effet de son convol, être privé de la propriété des biens à lui légués par sa première femme : « Attendu, disait l'arrêt, que la loi du 17 nivôse, an II, qui n'est relative qu'à la

(1) Questions transitoires sur le Code Napoléon, II, 160.

simple transmission des biens, n'a pas eu en vue l'abolition, soit expresse, soit tacite, des lois pénales rendues pour les cas éventuels des secondes noces. Attendu que ces dernières lois tirent leur double fondement de la haine qu'elles manifestent contre les secondes noces et de la faveur qu'elles accordent et entendent accorder aux enfants du premier lit; que la transmission des biens qui se fait à leur profit n'est que la conséquence et l'effet naturels et nécessaires des peines prononcées contre l'époux survivant qui se remarie, tandis que la loi du 17 nivôse n'a eu pour objet direct et principal que l'introduction du mode de transmettre les biens par la voie légale des successions, etc. »

Nous croyons que la Cour de Cassation, en rendant ces arrêts, était guidée par esprit de tradition et de réaction contre des lois qu'elle estimait trop favorables aux secondes noces et nuisibles aux intérêts des enfants du premier lit. Il n'est pas douteux, à notre avis, que le deuxième chef de l'Edit avait été aboli, comme le premier, par la loi du 17 nivôse. L'art. 61 portait en effet : « ... Toutes lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation sont également déclarés abolis... »

Mentionnons la loi des 3-22 août 1790, qui déclarait dans son article 7 qu'aucune pension ne serait accordée avec clause de réversibilité, mais que dans le cas de défaut de patrimoine, la veuve d'un homme mort dans le cours de son service public pourrait obtenir une pension alimentaire et les enfants être élevés aux dépens de la nation jusqu'à ce qu'elle les ait mis en état de

pourvoir eux-mêmes à leur subsistance. La loi était muette sur la question du recel vol. D'après ce que l'on sait des sentiments du législateur à l'égard des seconds mariages, nous pensons que le seul fait de son mariage ne faisait pas perdre à la veuve le bénéfice de sa pension, sauf toutefois le cas où son mariage la mettait à l'abri du besoin.

DEUXIEME PARTIE

Droit Moderne

Le législateur de 1804 se trouva en présence de deux conceptions différentes à l'égard des secondes noces : l'une toute de méfiance et d'hostilité, l'autre au contraire basée sur le principe de la liberté absolue. Allait-il s'inspirer du droit romain et de notre ancien droit ou se laisser entraîner vers les principes révolutionnaires?

Si l'on en juge d'après les travaux préparatoires, les auteurs du Code civil se seraient efforcés de garder un juste milieu et de ne pas entraver de parti pris les secondes unions. Berlier, dans l'exposé des motifs de la tutelle, disait ne pas « vouloir frapper de défaveur ces secondes unions, qui dans les campagnes et chez les artisans ont souvent pour objet de rendre un nouveau protecteur à des orphelins ».

Les dispositions restrictives, rappelant les anciennes lois, auraient été introduites en vue de la protection des

enfants du premier lit. Jaubert le proclamait au Tribunat. « L'expérience de tous les temps a prouvé combien la loi devait veiller à ce qu'un second époux ne pût trop préjudicier à des enfants dont l'origine ne laissait que trop souvent des souvenirs importuns. » Bigot-Préameneu tenait un langage analogue dans son exposé des motifs au Corps législatif à propos de l'art. 1098 : « Au surplus, on a maintenu cette sage disposition que l'on doit encore moins attribuer à la défaveur des seconds mariages qu'à l'obligation où sont les pères et mères qui ont des enfants de ne pas manquer à leur égard, lorsqu'ils forment de nouveaux liens, aux devoirs de la paternité. » Liberté autant que le permettait l'intérêt de la famille, tel aurait été le but des auteurs du Code. Les seconds mariages n'ont eu ni leur malveillance, ni leur sympathie.

Malgré ses bonnes intentions d'impartialité, le législateur de 1804 n'est pas parvenu à faire complètement abstraction des anciens préjugés contre les secondes noces. Il s'est glissé dans son œuvre de véritables déchéances, notamment en ce qui concerne le mariage de la veuve.

Depuis la rédaction du Code, le législateur a eu l'occasion de réglementer les effets des seconds mariages, mais il ne les a pas toujours considérés avec le même esprit, se montrant tour à tour sévère ou bienveillant. Entraîné par les circonstances, le législateur est entré dans une voie nettement favorable aux seconds mariages, non pas cependant sans hésitations, ni sans luttes qui se ravivaient toujours avec la même ardeur. Ces discussions montrent bien que les secondes noces

seront toujours une question controversée, car elle met en jeu des intérêts qui ne sont pas toujours intimement liés : ceux du conjoint survivant et ceux de la famille représentée par les enfants. Il faut aussi ajouter la volonté du défunt qui se manifeste souvent dans ses dispositions testamentaires.

On peut diviser les dispositions primitives du Code civil en deux groupes :

1° Les dispositions hostiles aux seconds mariages contraires au principe du cumul. Le conjoint qui se remarie perd les avantages acquis en vertu de sa précédente union. Ces dispositions visent la pension alimentaire, l'usufruit légal de la mère sur les biens de ses enfants mineurs et la tutelle. Remarquons, dès à présent, que ces déchéances sont spéciales à la femme.

2° Les dispositions favorables aux seconds mariages qui admettent la conservation des avantages. Ces dispositions concernent les droits de succession ab intestat, les droits légaux de survie, les droits conventionnels (en vertu du contrat de mariage ou de libéralités distinctes).

Comme, de prime abord, la loi ne précise pas la valeur de la condition de viduité apposée par un époux à une libéralité testamentaire faite au survivant, et que, par conséquent, on se demande si le droit est ici hostile ou favorable aux seconds mariages, nous étudierons cette question dans un appendice.

Dans un deuxième chapitre nous traiterons les lois spéciales se rapportant à la question : les lois d'institutions de retraite ou de prévoance sociale, la loi du 14 juillet 1866 sur la propriété littéraire, la loi du 9 mars

1891 sur les droits du conjoint survivant, les lois nouvelles de retraite et de prévoyance sociale, la loi sur les pensions de guerre.

Enfin, dans un troisième et dernier chapitre, nous étudierons les réformes du Code civil : loi du 21 février 1906, loi du 20 mars 1917 modifiant l'art 767, la loi du 9 août 1919 modifiant l'art. 206 du Code civil, et enfin nous examinerons l'influence que ces lois nouvelles peuvent exercer sur la condition de viduité.

CHAPITRE PREMIER

Le Code Civil

§ 1. — DISPOSITIONS HOSTILES AUX SECONDS MARIAGES.

Pension alimentaire.

L'obligation alimentaire naissant du mariage est étendue aux gendres et belles-filles qui doivent des aliments à leurs beau-père et belle-mère. L'art. 206 du Code civil faisait perdre à la belle-mère qui convolait en secondes noces le droit de demander des aliments à ses gendres ou belles-filles. Disons de suite, l'expression belle-mère ayant un double sens, que l'on entend ici par belle-mère, la mère du conjoint d'une personne et non la seconde femme de son père.

Le beau-père conservait son droit à la pension alimentaire. Pourquoi cette différence de traitement entre le beau-père et la belle-mère? Le législateur s'était-il souvenu de ce mariage ridicule qui avait donné nais-

sance à l'Edit des Secondes Noces et estimait-il que le sort d'une femme déjà âgée qui se remarie n'est plus digne d'intérêt? Ou bien est-ce parce que le beau-père est le chef de sa nouvelle famille tandis que la belle-mère ne s'appartient plus à elle-même, que le montant de la pension alimentaire devrait être alors remis aux mains de son mari et qu'elle n'en aurait personnellement ni la disposition ni peut-être même le profit (1)? C'étaient là des motifs bien peu probants. Cette déchéance encourue uniquement par une catégorie de femmes était injustifiable. Toujours est-il qu'elle avait été introduite sur la proposition de Cambacérès qui n'avait donné aucune explication (2).

La mère qui convole ne perd pas son droit d'exiger des aliments de ses enfants. Il peut paraître superflu d'affirmer un principe aussi naturel. Pourtant la Cour de Colmar s'était vue obligée de déclarer le maintien de l'obligation dans un arrêt en date du 5 janvier 1810 (3). Un enfant qui a été condamné à payer une pension alimentaire à sa mère ne peut en être déchargé, sous prétexte que, sa mère s'étant remariée, c'est à son second mari à la nourrir, si ce dernier est hors d'état de donner des aliments à sa femme. De ce fait que l'obligation légale alimentaire existe toujours entre parents et enfants, il pouvait en résulter que le gendre ou la bru, quoique déchargé personnellement de l'obligation alimentaire, en subissait indirectement l'effet, car la pension alimentaire qu'il ne devait plus était prise sur les revenus de son conjoint qui était toujours tenu de

(1) V. Demolombre, t. 4.
(2) V. Fenet. — Travaux préparatoires, t. IX, p. 70.
(3) Dal. J.-G. — Mariage, n° 634.

fournir cette pension. Résultat qui paraît, au premier abord, difficile à concilier avec l'art. 206 (1).

La déchéance encourue par la belle-mère était irrévocable. La dissolution du second mariage, alors même qu'il existait encore des enfants de la première union, ne faisait pas renaître pour la belle-mère le droit qu'elle avait perdu par son convol. Les raisons qui avaient pu prévaloir en faveur de la déchéance n'existaient plus. Il aurait été, peut-être, plus juste, en tout cas plus humain de rendre ce droit à la belle-mère, mais il n'y avait aucune disposition en ce sens. Dès lors que la déchéance n'avait pas été limitée au temps pendant lequel le mariage subsisterait, on ne pouvait restreindre ni prolonger ou faire recommencer l'obligation une fois éteinte au delà du terme fixé par la loi. Celle-ci ne permettait pas une telle interprétation (2).

La belle-mère perdait donc, par son convol, le droit de réclamer des aliments à ses gendres et belles-filles. La réciprocité existait-elle? Ces derniers voyaient-ils leur droit s'éteindre en même temps que celui de la belle-mère? L'art. 207 établit la réciprocité des obligations alimentaires. Beaucoup d'auteurs, combinant les deux art. 206 et 207 du Code civil, admettaient le principe de la déchéance à l'égard des gendres et belles-filles. Mais nous pensons qu'il était plus équitable de restreindre à la belle-mère la déchéance prononcée par l'art. 206. Le convol de la belle-mère ne changeait pas la condition de famille du gendre ou de la belle-fille. Il n'aurait pas été juste de leur faire perdre un droit par suite d'un fait indépendant de leur volonté.

(1) V. Demolombe, t. 4, n° 31. — Duranton, t. 2, n° 421.

(2) En ce sens. Rennes, 5 mai 1826. — Dal. J.-G. Mariage, n° 636.

Malgré le silence du texte sur ce point, la majorité des auteurs (1) estimaient que la belle-fille, qui, ayant des enfants de son précédent mariage, venait à convoler en secondes noces, ne pouvait plus demander des aliments aux parents de son premier mari. C'était l'esprit de la loi, prétendaient-ils, la situation de la belle-fille étant exactement semblable à celle de la belle-mère (2). Il est fort possible que cette opinion soit la plus rationnelle, mais nous nous rangeons à celle de Laurent (3) qui décidait que l'obligation alimentaire subsistait, par la double raison qu'une obligation légale ne peut s'éteindre sans qu'un texte le décide expressément et que l'analogie entre la belle-mère et la bru n'est pas complète. Le mariage d'une jeune veuve n'est pas comparable à celui d'une femme déjà âgée, au point de vue moral et social.

Usufruit légal.

Un des attributs de la puissance paternelle est la jouissance des biens des enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans, accordée aux père et mère.

Dans la discussion de l'art. 386, Cambacérès faisait observer que les raisons qui pouvaient faire accorder au père remarié la jouissance des biens de ses enfants ne militaient pas en faveur de la mère. Le père, en se remariant, demeure le chef de la famille; la mère, au

(1) Duranton, t. 2, n° 421. — Demolombe, t. 4, n° 28. — Marcadé, sur l'art. 207 n° 2. — Aubry et Rau, 4e édit., t. 6, § 553, 1°, note 7.

(2) Duranton, t. 2, n° 421. — Demolombe, t. 4, n° 28. — Marcadé, sur art. 207, n° 2. — Aubry et Rau, t. 6, § 553, 1°.

(3) T. 3, n° 77.

contraire, passe par son second mariage dans une famille nouvelle. Il fallait éviter qu'elle y introduise ses enfants. Il aurait été très extraordinaire d'établir, en principe, que la mère pût porter, dans une autre famille, les revenus de ses enfants du premier lit et enrichir ainsi à leur préjudice son nouvel époux. Les observations de Cambacérès furent adoptées et l'art. 386 du Code civil retira à la mère remariée l'usufruit des biens de ses enfants.

Cette déchéance eut donc pour but d'empêcher la mère d'enrichir indirectement son nouveau conjoint avec des revenus qui lui étaient attribués comme récompense des soins et de l'éducation qu'elle donnait à ses enfants. Sous presque tous les régimes, en effet (régime de la communauté, art. 1421, 1428, 1528, exclusif de la communauté 1530, dotal 1549), le mari perçoit les fruits et les revenus appartenant à la femme, et il en a la libre disposition. Le législateur avait voulu éviter une indécence. Ne s'était-il pas fait illusion? Le législateur conservait la jouissance au père parce qu'il demeurait le chef de la famille. Ce n'était pas une raison suffisante, bien au contraire. Le père remarié conservant ses pouvoirs peut très facilement, surtout s'il est dominé par sa seconde femme, apporter à son nouveau ménage des ressources qui devraient avoir une tout autre destination.

Cette déchéance était une sérieuse entrave pour une veuve qui désirait se remarier, si, comme cela se rencontre, la grosse partie de la fortune venait du côté du mari.

D'après les termes mêmes de la loi, l'art. 386 n'avait

pas d'effet rétroactif. La mère perdait l'usufruit du jour de son mariage et elle conservait les fruits qu'elle avait perçus.

On s'est demandé quel était l'effet de la mort du second mari. L'usufruit, perdu par le fait du second mariage de la mère, reprenait-il alors naissance?

Laurent (1) et Taulier sont les rares auteurs qui répondaient par l'affirmative. Se basant sur les travaux préparatoires, ils prétendaient que l'usufruit était perdu en raison du second mariage, uniquement pour empêcher la mère de porter les revenus de ses enfants dans une nouvelle famille, c'est-à-dire pour ne pas enrichir le nouveau mari. Puisque le mariage était dissous, les effets que le législateur avait voulu empêcher ne pouvaient plus se produire. La déchéance n'avait plus de raison d'exister. Cessante causa cessat effectus.

Si cela avait été la pensée des auteurs du Code, elle ne se révélait pas dans la rédaction de l'art. 38 ainsi conçu : « Elle (la jouissance) cessera dans le cas d'un second mariage », et non « pendant la durée du second mariage ». Aussi la majorité des auteurs étaient d'avis que la mère ne recouvrait pas son usufruit, parce que la loi était formelle pour le lui faire perdre. La loi seule pouvait rétablir l'usufruit et elle avait gardé le silence. C'était aussi l'avis de la Jurisprudence : la cour de Bourges a rendu un arrêt en ce sens (2).

Bien mieux, la mère ne pouvait pas prétendre exercer son droit de jouissance sur les biens advenus à ses enfants depuis la dissolution de son second mariage,

(1) T. IV, n° 338.
(2) Bourges, 18 juin 1890. D. 91-2-143.

car, ainsi que le déclare l'arrêt de la cour de Bourges précité, le droit d'usufruit légal, attribut de la puissance paternelle, est indivisible. Il comprend tous les biens pouvant advenir aux enfants mineurs d'une manière quelconque, jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis.

La question était plus délicate dans le cas d'un second mariage nul. Il y avait encore, sur ce point, divergence d'opinions entre les auteurs.

Certains d'entre eux, notamment Duranton (1), faisaient une distinction selon que la mère avait contracté son second mariage de bonne foi ou selon qu'elle l'avait contracté de mauvaise foi. Si le mariage avait été contracté de bonne foi, il produisait alors ses effets civils, à titre de mariage putatif, en vertu des articles 201 et 202 du Code civil. La mère perdait donc la jouissance de son usufruit. Si, au contraire, la mère avait été de mauvaise foi, elle le conservait. Cette conséquence était choquante. L'interprétation précédente nous paraît erronée. L'art. 202 du Code civil dit : « Le mariage ne produit les effets civils *qu'en faveur...* ». Il permet au conjoint de bonne foi de faire valoir des droits qui découlent du mariage. En l'espèce le mariage aurait eu pour conséquence une déchéance. La loi n'avait certainement pas prévu le cas qui porterait préjudice au conjoint de bonne foi, alors qu'elle avait établi la fiction du mariage putatif uniquement dans l'intérêt du conjoint.

(1) Duranton, t. 3, n° 387 : « Mais la perte de l'usufruit pour la mère ne résulte que de son second mariage; d'où il faut conclure que s'il était nul et annulé, il devrait être considéré comme n'ayant pas eu lieu, et la jouissance comme n'ayant pas cessé. Il en serait toutefois autrement si, attendu la bonne foi des époux, il produisait les effets civils, conformément aux art. 201 et 202. »

Demolombe (1) et beaucoup d'auteurs repoussaient cette distinction. Pour eux, la veuve perdait son usufruit, qu'elle fût de bonne ou de mauvaise foi. Le jugement qui aurait annulé le mariage n'aurait pas empêché qu'il y ait eu mariage à certains égards. L'art. 386 ne distinguait pas si le mariage était valable ou annulable : il s'attachait au fait même de la célébration.

Nous ne croyons pas que ce fût la véritable solution, et nous nous rangeons à celle exprimée par Laurent (2) et Baudry-Lacantinerie. Le mariage annulé, l'usufruit revivait, ou, pour mieux dire, il n'avait jamais été atteint. En effet, un mariage annulé non seulement n'existe plus dans l'avenir, mais il est censé n'avoir jamais existé dans le passé. Quod nullum est nullum producit effectum. Le second mariage de la mère n'ayant pas existé, la mère devait conserver son usufruit (3).

Une grosse objection faite à cette solution c'est qu'il pouvait arriver que le second mariage fût annulé seulement de longues années après sa célébration, et peut-être même après la mort de la mère remariée. En fait la mère, c'est-à-dire le second ménage, aurait eu la libre

(1) L. 6, n° 562. Proudhon. — Marcadé, sur les art. 386 et 387, n° 6. — Aubry et Rau, 4e édit., t. 6, § 550. — Demante et Colmet de Santerre, t. 2, n° 131 *bis*.

(2) Laurent, t. 4, n° 338. — Chardon, Traité des trois puissances : paternelle, maritale et tutélaire, n° 160. — Vazeille. Traité du mariage, t. 2, n° 470.

(3) M. Guillier, dans la discussion de la loi de 1906 (Sénat, séance du 3 nov. 1905, *J. off.*, Déb. parl., p. 1257), disait : « Bien plus, la Jurisprudence est allée jusqu'à décider que le mariage nul, le mariage qui ne peut avoir aucune conséquence au point de vue civil, a cependant pour résultat de faire perdre à la femme l'usufruit légal de ses enfants. » Malgré toutes nos recherches, nous n'avons pu trouver une telle Jurisprudence.

disposition des fruits et des revenus, ce que, précisément, la loi aurait voulu éviter.

A cet argument fort judicieux, on peut répondre que pendant tout le temps où le mariage avait existé, en fait sinon en droit, la jouissance de l'usufruit était également perdue en fait et que, provisoirement, la mère subissait la déchéance de l'art. 386. Mais une fois le mariage annulé, tous les effets qu'il avait produits étaient rétroactivement anéantis. Deux personnes dont la loi ne reconnaît pas le lien conjugal comme valable sont en état de concubinage. C'est pour éviter cette conséquence très grave qu'existe la fiction du mariage putatif. Or, la doctrine et la jurisprudence sont à peu près unanimes pour décider le maintien de la jouissance légale à une mère vivant dans l'inconduite, sauf si, par application de la loi du 24 juillet 1889, elle était déchue de la puissance paternelle.

Tutelle.

La tutelle n'est pas, à proprement parler, un avantage découlant du mariage. C'est même une charge parfois lourde à remplir. La tutelle serait plutôt un avantage moral (1). Pourtant les auteurs du Code ne considé-

(1) Le Code atténue encore un droit attaché à la puissance paternelle : le droit de correction. La déchéance atteint non plus seulement la mère, mais aussi le père, avec moins de sévérité cependant.

D'après l'art. 380, le père remarié perd le droit de correction par voie d'autorité sur ses enfants du premier lit, c'est-à-dire qu'il ne peut plus les faire incarcérer de sa propre autorité.

L'art. 381, qui permet à la mère survivante de faire détenir un enfant avec le concours des deux plus proches parents paternels et par voie de réquisition, lui retire complètement ce droit si elle contracte une nouvelle union.

raient pas la tutelle uniquement comme une charge. Le projet renfermait un article ainsi conçu : « La mère tutrice gagnera les fruits de la même manière que le père et sous les seules exceptions expliquées au titre de la Puissance paternelle (1) », et Berlier disait qu'indépendamment des raisons qu'il avait exposées, la section s'était encore déterminée à donner la tutelle légitime à la mère par la considération qu'elle recueille à son profit les revenus de ses enfants mineurs et qu'ainsi en administrant leurs biens elle administre en quelque sorte sa propre chose (2).

Si la tutelle n'est pas une fonction rémunératrice pour celui qui l'exerce, nous ne saurions, tout de même, la passer sous silence. Nous devons rechercher quelle est l'influence d'un second mariage sur l'exercice de la tutelle.

Cette question a été très discutée par les auteurs du Code, et l'accord ne s'est pas fait immédiatement. L'article soumis à la discussion spécifiait : « Le père qui se remarie conserve la tutelle ; elle cesse à l'égard de la mère qui contracte un second mariage. » Les rédacteurs du Code proposaient d'obliger le père à déclarer à la famille le mariage qu'il désirait contracter et d'autoriser la famille à décider s'il devait conserver la tutelle. Mais il a semblé trop dur de faire dépendre du consentement de la famille un droit que le père tient directement de la loi. Quant aux mères, Berlier estimait qu'elles ne devaient pas être exposées à perdre la tutelle par le seul fait du second mariage : « N'est-ce pas assez, disait-il,

(1) Fenet, t. 10, p. 546.

(2) Fenet, t. 10, p. 568.

qu'en ce cas elles perdent les revenus des biens de leurs enfants? Avec un tel frein les mères d'enfants riches se remarieront bien rarement; quant aux veuves d'artisans, laboureurs, etc., il importe qu'elles se remarient, même pour l'intérêt de leurs enfants en bas âge qui retrouvent un appui dans le second mariage de leur mère. » Singulière conception que de départager ainsi les mères de famille.

Bigot-Préameneu proposait de rétablir les art. 10, 11, 12 du projet du Code ainsi conçus :

« Art. 10. — Si le père veut se remarier, il est tenu, avant l'acte de mariage, de convoquer le conseil de famille qui décide si la tutelle doit lui être conservée. Il en est de même de la mère.

« Art. 11. — Si le père n'a pas rempli l'obligation qui lui est imposée par le précédent article, il est privé de plein droit de la jouissance des biens de ses enfants mineurs, et devient comptable à partir du jour de la célébration de son second mariage.

« Art. 12. — Si c'est la mère qui s'est remariée sans avoir rempli la même obligation, la tutelle ne peut lui être conservée et son nouveau mari est solidairement responsable de la gestion, à compter du jour de l'acte de mariage. »

Cambacérès répliquait qu'il n'était pas juste de confondre le père et la mère, car le mariage du père ne change pas l'état de la famille, qui conserve le même chef, tandis que la mère passe dans une autre famille et sous l'autorité du second mari.

Finalement l'art. 395 était adopté.

Le convol en secondes noces du père n'a pas d'in-

fluence sur l'exercice de la tutelle de ses enfants mineurs. Le père conserve ses fonctions sans aucune restriction.

A l'égard de la mère, le législateur a pris une sage mesure. Elle n'est pas déchue de plein droit de la tutelle. Mais le législateur a voulu l'intervention du conseil de famille pour décider si la tutelle doit être maintenue à la mère. Deux cas sont à envisager :

1° *La mère n'a pas convoqué le conseil de famille.*

Il peut arriver que la mère, par simple négligence ou volontairement, n'ait pas convoqué le conseil de famille comme lui prescrit la loi. En fait, elle conserve la tutelle, mais elle en est déchue de plein droit (1). Deux graves conséquences sont engendrées par cette situation, l'une à l'égard de la mère, l'autre à l'égard du second mari. Seule, celle qui concerne la mère nous intéresse. Le conseil de famille a la faculté, et c'est même son devoir, de nommer un tuteur. Il lui est loisible d'investir la mère de la tutelle s'il ne la juge pas indigne. Mais la mère n'est pas maintenue dans la tutelle légale; elle reçoit la tutelle dative (2). Ceci est important, car les art. 454, 455, 456 et 470 du Code civil qui, en général, ne sont pas applicables aux survivants des père et mère, reçoivent leur application dans ce cas.

En outre, la mère, n'étant pas destituée mais déchue de plein droit de ses fonctions de tutrice, n'est pas recevable à attaquer devant le tribunal la nomination du tuteur nommé à ses lieu et place (3).

(1) En ce sens, Lyon 8 mars 1859, § 60-2-431. — Trib. civ. de la Seine, 28 déc. 1883. — *Gaz. Pal.*, 1884-1-159.

(2) Montpellier, 13 juin 1866. D. 68-2-162. — Paris, 19 nov. 1887. Pand. pér. 1889, 2-100, S. 88-2-29.

(3) Trib. Seine, 28 déc. 1883. — *Le Droit*, 10 janv. 1884.

L'obligation de gérer les affaires du ou des enfants mineurs, tant qu'un nouveau tuteur n'est pas nommé, reste entière pour la mère. Mais quelle est la valeur des actes accomplis indûment par la mère comme tutrice? Vis-à-vis des tiers les actes passés par la mère sont nuls comme faits par une personne qui n'avait pas qualité. Si les tiers avaient payé une dette dans les mains de la mère, leur obligation ne serait pas éteinte vis-à-vis du mineur si celui-ci n'en avait pas profité. Mais la nullité des actes ne peut être invoquée que par le mineur seul (1).

2° *La mère a convoqué le conseil de famille.*

Contrairement au cas précédent, la mère a agi selon la volonté de la loi et a convoqué le conseil de famille avant de se remarier. Le conseil de famille peut maintenir la mère dans ses fonctions de tutrice. Dans ce cas, il doit lui donner son second mari comme cotuteur. Et à l'encontre du cas où la mère aurait reçu la tutelle après en avoir été déchue, faute par elle d'avoir convoqué le conseil de famille avant de convoler, la mère

(1) Sumien. — Rev. trimest., p. 801 : « La tutelle n'a plus, dans notre droit — c'est une tendance de plus en plus marquée en Jurisprudence — le caractère de munus publicum qu'elle revêtait dans le droit romain; elle est surtout considérée comme une mesure de protection prise par la loi en faveur d'un incapable... Si on regarde la nullité comme d'ordre public, que va-t-il se passer? Le tiers avec lequel le tuteur de fait a traité pourra invoquer la nullité de l'acte qu'il a passé et opposer au mineur cette nullité édictée à son profit; le mineur devenu majeur ne pourra, d'autre part, ratifier cet acte, même s'il est avantageux pour lui. En un mot, le système de protection organisé par la loi au profit du mineur va se retourner contre lui, précisément dans une hypothèse où il a encore plus besoin de la protection légale, puisqu'il se trouve sous l'administration d'un tuteur irrégulier. Or, le principe qui doit nous guider en toute cette matière, c'est l'intérêt du mineur; cet intérêt exige que la nullité de l'acte soit purement relative. »

conserve la tutelle légale, et ne reçoit pas une tutelle dative. Malgré cette différence essentielle, beaucoup d'auteurs et la Jurisprudence estiment que les art. 454, 455, 456, 470, s'appliquent à la mère remariée (1). Le second mari étant cotuteur obligatoire et recevant une tutelle dative, il serait incompréhensible d'appliquer des règles différentes à la mère et au mari. De Fréminville (2) est d'un avis contraire, plus juste selon nous. Cet auteur décide que « le conseil de famille a le droit de retirer la tutelle à la mère si celle-ci ne présente pas toutes les garanties nécessaires, mais qu'il ne lui appartient pas de modifier ou de restreindre les pouvoirs de la tutrice. Ces pouvoirs sont inhérents à la tutelle et sont réglés par la loi. Il faut donc que la mère remariée soit repoussée de la tutelle ou qu'elle soit maintenue avec toute la capacité que le Code attribue à la tutrice ». En outre, si le second mari est nécessairement cotuteur, c'est une mesure de prudence que la loi a prise à son égard. Il jouit d'une réelle autorité sur sa femme. S'il n'était pas responsable, il pourrait abuser de cette autorité. Enfin, la femme tutrice est la mère des mineurs dont elle gère les biens : le second mari ne leur est rien. Il n'est donc pas choquant d'appliquer des règles différentes à la mère et au second mari remplissant les mêmes fonctions.

Le conseil de famille peut, au contraire, retirer la tutelle à la mère. Quelle est, alors, l'autorité de la décision du conseil de famille? La mère a-t-elle le droit de cri-

(1) Aubry et Rau, t. 1, '99 *bis*. — Demolombe, t. VII, 146, p. 630. — Grenoble, 28 juillet 1832, S. 35-2-76. — Caen, 30 déc. 1845, S. 46-1-621.

(2) Traité de la minorité et de la tutelle, t. 1, n° 57.

tiquer devant les tribunaux la décision du conseil de famille? Les avis sont partagés.

Certains tribunaux ont jugé que la tuelle ne pouvait être enlevée à la mère que pour des causes graves, lorsque l'intérêt des enfants le réclamait impérieusement et que son retrait ne saurait être justifié si les reproches faits à la mère sont reconnus non fondés ou si aucun grief n'a même pu être formulé contre elle (1).

Il a été jugé aussi que la délibération du conseil de famille et principalement celles qui n'ont pas été prises à l'unanimité étaient susceptibles d'être attaquées devant les tribunaux (2).

Mais la Cour de Grenoble, dans un arrêt en date du 18 janvier 1854 (3) adoptait une solution contraire. La nomination du tuteur, que la loi attribue au conseil de famille sans l'assujettir à l'homologation, n'appartient qu'à lui et elle est refusée aux tribunaux. Des termes comme de l'esprit de l'art. 395 du Code civil, il ressort plus particulièrement que c'est au conseil de famille seul que sont attribués le pouvoir et le droit de décider si la tutelle légale doit être conservée à la mère qui convole en secondes noces et, par suite, de donner un autre tuteur à ses enfants lorsqu'il pense que ce n'est pas le cas de maintenir la mère dans les fonctions de tutrice.

Dans un arrêt relativement récent, en date du 23 juin

(1) Agen, 24 déc. 1860, § 61-2-182. — Trib. Lyon, 4 juin 1898. — Paris, 9 nov. 1854, § 54-2-318.

(2) Trib. Die, 31 mars 1894. Pand. fr. 1895, 2-117. — Besançon, 24 janv. 1896. Pand. pér. 96-2-229.

(3) S. 1855-2-737.

1902 (1), la Cour de Cassation consacrait cette jurisprudence. Les tribunaux, qui admettaient le recours, se basaient sur l'art. 883 C. pr. C. La Cour rejetait cette interprétation en décidant que « ce texte n'est qu'une disposition de forme et règle, en conséquence, ainsi qu'il résulte de ses termes mêmes, que le mode de se pourvoir contre les délibérations des conseils de famille, qui sont en elles-mêmes et dans leurs principes susceptibles de recours ».

Cette théorie de l'omnipotence du conseil de famille est la préférable. Ce dernier est appelé à apprécier le second mariage de la veuve, question délicate, d'ordre intime et confidentiel. Ce serait la source de procès scandaleux que d'admettre le recours devant les tribunaux. Et enfin, comme le fait remarquer si justement Baudry-Lacantinerie : « Le Tribunal n'a certainement pas le droit de nommer lui-même un autre tuteur à la place de celui que le conseil de famille a désigné. Le Tribunal devrait ordonner une nouvelle convocation du conseil de famille pour la nomination d'un autre tuteur ou subrogé-tuteur et si le conseil de famille persistait dans ses vues, on se trouverait en présence d'un conflit sans issue (2). »

---

§ 2. — DISPOSITIONS FAVORABLES AUX SECONDS MARIAGES.

Droits de succession ab intestat.

L'art. 767 primitif qui réglait les droits de succession entre époux était ainsi conçu : « Lorsque le défunt ne

(1) D. 1902-1-347.

(2) T. IV, p. 476. MM. Cheneau et Bonnecarrère.

laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit. »

Le législateur de 1804 avait traité bien sévèrement l'époux survivant puisqu'il passait après tous les héritiers légitimes du défunt et qu'il était exclu par des héritiers du douzième degré.

Si les conjoints ne s'étaient pas réciproquement avantagés dans leur contrat de mariage, ou si l'un d'eux mourait sans testament, l'époux survivant, privé de toute fortune personnelle, pouvait passer d'une situation aisée, sinon opulente, dans la gêne et quelquefois même dans la misère. Cet inconvénient n'avait pas lieu dans l'ancien droit. Les gains de survie, tels que le douaire et la quarte du conjoint pauvre, qui ont disparu de la législation moderne, étaient de sérieux palliatifs.

Le conjoint survivant venait donc en dernier lieu, puisque, à son défaut, l'article suivant attribuait la succession à l'Etat, qui acquiert les successions en déshérence. Mais alors le conjoint, même séparé de corps (la loi ne mentionnait pas ce cas comme une cause de déchéance), recueillait les biens de la succession en pleine propriété. Et le convol n'avait pas pour effet de faire perdre les droits qu'il avait acquis. Cela est compréhensible. D'abord parce que les biens lui appartenaient à titre de propriété et qu'une déchéance établie en cas de convol n'aurait pas été en harmonie avec les principes énoncés aux art. 544 et suivants du Code civil. D'autre part, la déchéance aurait profité à l'Etat et ce n'est pas une bien grande faveur pour le conjoint de se voir préférer au fisc, même s'il se remarie. Du reste le

législateur avait édicté des mesures restrictives en cas de convol dans le seul but de protéger les enfants du premier lit. Or, dans le cas dont nous nous occupons, il n'y avait aucune protection à assurer.

Droits légaux de survie.

D'après une pratique générale, et même indirectement d'après l'art. 299, paragraphe 2, une femme prend le nom de son mari et jouit des titres et des honneurs qui y sont attachés. La veuve conserve ces avantages, mais si elle se remarie elle les perd irrévocablement. Ce n'est pas une déchéance attachée au second mariage, mais le résultat des principes qui veulent qu'une femme suive la condition de son mari.

Il semblerait qu'il y ait une difficulté lorsque le mari était commerçant et que sa veuve remariée continue le commerce. Cette femme a-t-elle le droit le conserver le nom de son mari défunt? Il est facile de comprendre l'importance de cette question au point de vue commercial. Lorsque la réputation d'une maison est bien établie, le nom joue souvent un rôle considérable auprès de la clientèle. Il s'agit donc de savoir exactement ce qu'on entend par nom commercial. Le nom commercial se distingue du nom patronymique; il a une valeur effective. Il tient à l'établissement et à son achalandage et suit le sort du fonds. Il se transmet avec la clientèle aux héritiers ou ayants cause ainsi que la fortune du décédé.

Une veuve qui succède à son mari acquiert le droit

au nom commercial comme tout autre successeur. Mais la femme ne tire pas de sa qualité de femme un droit spécial sur le nom. Une veuve qui se remarie a donc le droit d'user du nom commercial de son premier mari. Mais elle doit prendre des précautions et éviter toute confusion de nature à faire croire que son premier mari est encore à la tête de l'entreprise, en mettant par exemple sur son enseigne : ancienne maison X, ou encore : X, Mme Z, successeur (1).

Droits de viduité.

Les droits de viduité, spéciaux à la femme, sont ceux que la loi accorde à la veuve pendant un temps déterminé après la mort de son mari. Ces avantages énumérés aux art. 1465, 1481 et 1570 du Code civil reposent sur des motifs d'humanité et des considérations pratiques et rappellent l'ancien droit qui exigeait que la femme pleurât son mari.

Nous ne nous arrêterons pas à l'art. 1465 qui vise le cas de la femme commune en biens. Celle-ci, pendant les trois mois et quarante jours que la loi lui accorde pour faire inventaire et délibérer, a droit à la nourriture aux frais de la communauté et à l'habitation dans un immeuble appartenant à la communauté ou aux héritiers du mari. L'art. 228, imposant à la femme un délai de dix mois pour contracter un nouveau mariage, la question de savoir ce que deviendrait ces

(1) Nancy, 22 février 1859. D. 59-2-49. — Paris, 19 mars 1890. D. 91-2-30.

droits par le fait d'une nouvelle union ne saurait se poser dans la pratique.

La question prend un tout autre aspect pour la femme mariée sous le régime dotal. En effet, l'art. 1570 accorde à cette femme :

1° La faculté de choisir entre la perception des intérêts de sa dot ou la faculté de se faire fournir les aliments aux dépens de la succession de son premier mari pendant l'espace d'une année. C'est à la femme seule qu'appartient le droit d'opter entre les intérêts de sa dot et les aliments. La femme a même quelquefois avantage d'opter pour le droit aux aliments lorsque les intérêts de sa dot ne sont pas suffisants pour sa dépense annuelle. Mais d'après les termes mêmes de l'art. 1570 (se faire fournir les aliments), il semble que la femme n'aurait pas le droit d'exiger l'équivalent en argent : le tribunal serait libre d'apprécier selon les circonstances particulières.

Quelle que soit l'option de la femme entre les intérêts de sa dot et le droit aux aliments, nous ne croyons pas que la femme perde son avantage par le fait de convoler en secondes noces. Il ne doit pas y avoir de déchéance sans texte, et la loi est muette sur ce point, tandis qu'elle est formelle pour dire que le droit de la femme est exigible pendant une année. L'art. 1570 est la contre-partie de l'art. 1565 où il est dit que la restitution de la dot ne peut être exigée qu'un an après la dissolution du mariage lorsqu'elle consiste en argent ou en meubles mis à prix par le contrat. Du moment que la veuve est obligée d'attendre une année la restitution de sa dot, il était naturel qu'on lui permette d'en

exiger les intérêts pendant ce temps, le choix des aliments étant un léger avantage concédé par la loi.

La même solution s'impose pour le droit d'habitation. En principe c'est dans la maison conjugale que la veuve est tenue d'habiter pendant l'année de deuil. Du jour où elle contracte une nouvelle union, elle n'exerce plus son droit parce que la loi lui fait un devoir d'habiter avec son mari. Mais si la veuve avait été mise dans le cas de faire effectivement la dépense d'un loyer parce que les héritiers n'auraient pas pu ou pas voulu lui fournir en nature le logement auquel elle avait droit, l'art. 1570 lui aurait permis de répéter intégralement le montant annuel du loyer contre les héritiers du mari.

L'art. 1481 et l'art. 1570 accordent à la femme commune en biens et à la femme dotale le droit de se faire payer les habits de deuil sur la succession de leur mari prédécédé. Contrairement à l'ancien droit, la femme qui se remarie dans l'année de deuil n'est pas privée de cet avantage. Elle ne serait pas obligée de restituer les sommes d'argent que les héritiers du mari ont été contraints de lui verser, ni de rendre ses vêtements de deuil.

Droits conventionnels de survie.

Les droits conventionnels de survie résultent de clauses du contrat de mariage. On distingue le préciput conventionnel et la donation réciproque. Le Code civil a adopté, pour ces conventions, le système du droit coutumier, c'est-à-dire que le seul fait du convol de l'époux survivant ne lui fait pas perdre son droit. Mais les conjoints peuvent stipuler dans leur contrat la perte de ces droits en cas de remariage. La déchéance n'est pas légale, elle dépend de la volonté des parties.

APPENDICE

Condition de viduité.

Dans les dispositions testamentaires, surtout dans celles faites d'époux à époux, on trouve souvent la condition de viduité apposée à une libéralité. Le conjoint prédécédé se décide à avantager le survivant, au détriment de ses héritiers propres, mais il manifeste la volonté formelle que celui-ci ne contracte pas une seconde union. Il est à peine besoin de dire que cette condition n'empêche pas le donataire de contracter valablement un nouveau mariage, elle a seulement pour effet de l'obliger à restituer les biens reçus.

Nous avons vu, en droit romain, que la condition de viduité, après avoir été déclarée illicite, avait fini par être reconnue valable sous Justinien, qui avait même établi tout un système de garanties en vue de la restitution des biens en cas de remariage. Dans l'ancien droit la condition avait été également reconnue valable. Ce fut dans la période intermédiaire que le législateur se montra nettement hostile à la condition de viduité; il la mentionna expressément pour la déclarer illicite. Les auteurs du Code civil se contentèrent de décider, dans l'art. 900, que dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, sont réputées non écrites.

La condition de viduité est une condition qui touche aux mœurs. Mais est-elle contraire ou conforme aux mœurs? Telle est le point capital.

Doctrine.

Les auteurs ont étudié plus ou moins longuement la condition de viduité. On constate une grande divergence dans les solutions qu'ils ont proposées. On peut distinguer les auteurs en trois groupes : ceux qui admettent toujours la validité de la condition, ceux qui l'admettent avec restriction et ceux qui la rejettent d'une façon absolue.

1° Auteurs qui admettent toujours la condition de viduité.

Parmi ceux-ci on peut citer : Merlin (Répertoire sect. II, paragraphe 5, art. IV, Conditions concernant le mariage), Larombière (Théorie et Pratique des obligations, t. 2, n° 29), Favard de Langlade (Répertoire, Donations entre vifs, sect. I, paragraphe 2), Demolombe (Donations et Testaments, t. I, n° 195 à 250 *bis*).

Merlin prétend que les lois de l'an II étant abrogées, la condition de viduité n'est pas contraire aux lois et aux bonnes mœurs et qu'il faut se référer aux règles du droit romain et de l'ancien droit.

Larombière estime que le convol ne mérite pas la même faveur qu'un premier mariage. La loi a ses rigueurs contre lui. Le plus souvent encore il y a des enfants intéressés au maintien du veuvage, et là où il n'y en a pas, il s'élève toujours une considération de justice et d'équité qui ne permet pas de détourner une libéralité de sa destination individuelle pour la communiquer à un tiers que le donateur a voulu en exclure.

Favard de Langlade est l'auteur qui nous a paru le plus absolu dans sa théorie. Pour cet auteur, la condi-

tion de ne pas se remarier est parfaitement valable dans un acte de libéralité; et tout ce qui en résulte pour la personne qu'on a voulu gratifier, c'est qu'elle ne peut profiter de la disposition sans se soumettre à la condition. Sa liberté n'est point par là attaquée; d'abord elle peut refuser la libéralité dès qu'elle en a connaissance; ensuite, lors même qu'elle l'a acceptée, elle peut y renoncer tacitement en enfreignant la condition : elle reste donc libre dans tous les cas. Il ne s'agit pour elle que de savoir si elle profitera ou ne profitera pas d'une libéralité. Or cela n'intéresse ni l'ordre public ni les bonnes mœurs; il ne s'agit alors que d'un intérêt purement pécuniaire.

Demolombe admet la condition sans réserve, car il trouve légitimes les motifs de tendresse et de susceptibilité qui peuvent dicter cette condition et la volonté pour le testateur que sa libéralité ne serve pas de dot au légataire pour l'aider à contracter une deuxième union.

2) Dans le deuxième groupe on peut mentionner :

Duranton (t. VII, p. 143, n° 128), qui regarde la condition comme licite en tant qu'elle est imposée dans des vues utiles et raisonnables et non par suite d'un caprice ou d'une volonté bizarre; quand elle est imposée à une personne ayant des enfants par le conjoint ou les parents de celui-ci.

Labbé, dans une note sous un arrêt de la Cour de Montpellier, du 14 juillet 1858 (paragraphe 59-2.305), reconnaît le danger d'exciter le donataire au désordre par le jeu d'une clause qui le menace d'une peine pécuniaire s'il veut se remarier. Si les tribunaux doivent avoir en cette matière un pouvoir discrétionnaire d'ap-

préciation, cet auteur estime cependant qu'il ne faut déclarer obligatoire la condition que si le donateur a un intérêt moral personnel considérable à ne pas laisser celui qu'il gratifie porter son bienfait dans une autre famille. Labbé est d'avis que la condition peut être licite quand elle est imposée par une personne autre que le conjoint, par exemple si c'est un beau-père qui gratifie sa bru ou un fils qui fait une libéralité à sa mère, car l'intérêt moral de s'opposer à de telles unions est assez grand pour que les volontés du disposant soient respectées.

M. Ripert, également, dans une note sous un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 11 novembre 1912 (D. 13-1-105), est disposé à admettre la condition de viduité. « C'est, dit-il, en premier lieu que le motif de la libéralité provient du premier mariage et de la qualité de conjoint. C'est en second lieu que le convol peut porter préjudice aux enfants du premier lit. C'est enfin et surtout que la condition est imposée par un disposant qui a sur la personne du gratifié une certaine autorité. Nous verrions volontiers dans la clause de viduité une persistance conditionnelle de l'autorité maritale après le décès du mari, ou tout au moins, car la clause peut être imposée par la femme, une persistance de l'obligation réciproque de fidélité. Sans doute de telles obligations s'éteignent à la dissolution du mariage, mais il n'est pas choquant d'en voir assurer le maintien comme prix d'une libéralité. »

On peut ranger dans ce groupe M. Bartin (1) qui, examinant comment la Jurisprudence traite la condition

(1) Théorie des conditions, p. 251.

qui touche aux mœurs, se contente de dire : « C'est une simple suite de solutions que je veux noter, sans les discuter, puisque si le point de savoir si la condition qui touche aux mœurs y est ou non conforme, est une pure question de fait. »

Le troisième groupe, qui rejette d'une façon absolue la condition de viduité, comprend principalement :

Laurent (t. 2, n° 501, p. 650), qui déclare que les lois de la Révolution sont l'expression de nos mœurs; il faut s'y tenir et réputer contraire aux bonnes mœurs toute condition qui gêne la liberté de se marier. Le mariage est la vraie base de la moralité; l'entraver c'est favoriser l'immoralité. Cela est décisif et cela doit l'emporter sur les répugnances du sentiment.

M. Huc (t. VI, n° 60), pour qui le seul point dont il faut se préoccuper est celui de savoir si une condition de viduité est compatible avec le droit, droit d'ordre public, qui appartient à toute personne de se marier, et par conséquent de se remarier. La condition doit être prise telle qu'elle est; elle est dans tous les cas une entrave à la liberté du mariage et elle doit être, dans tous les cas, réputée non écrite.

M. Planiol (t. 3, n° 3040), qui estime que la condition de viduité devrait être déclarée illicite, car elle porte atteinte à une faculté naturelle dont la loi devrait protéger le libre exercice.

M. Naquet, qui exprime une opinion analogue dans une note sous l'arrêt de la Chambre des Requêtes, cité précédemment (S. 1914-1-185) : « Laissons à la conscience ce qui est du domaine de la conscience, et à la loi ce qui est du domaine de la loi. La faculté de se

remarier, tout comme la faculté de se marier, doit rester entièrement libre et toute condition de nature à l'entraver est par cela même illicite, parce que le mariage est essentiel à notre organisme social et que tout ce qui y touche intimement a un caractère d'ordre public accentué. »

Jurisprudence.

La valeur de la condition de viduité s'est posée devant la Jurisprudence à bien des reprises (1).

Nous avons vu que la Cour de Cassation, pour les clauses antérieures à la loi de nivôse, an II, s'était efforcée de valider la condition de viduité en ne l'assimilant pas à la condition de ne pas se marier. C'est déjà une indication du sens dans lequel la Jurisprudence allait se prononcer.

Tantôt la Jurisprudence validait la condition de viduité en thèse générale, comme dans les arrêts de Lyon du 22 décembre 1829 et de Rouen du 16 juillet 1834. Tantôt elle insistait spécialement sur les circonstances pour faire ressortir la nécessité de maintenir la condition (Poitiers, 14 juin 1838; Limoges, 31 juillet 1839).

Depuis l'arrêt fondamental de la Cour de Cassation,

(1) Cass., 20 juin 1811, cité par Merlin Rép. Viduité, n° V. — Lyon, 18 novembre 1813. S. 1815-2-221. — Cass., 18 juill. 1822. S. 23-1-246. — Lyon, 22 déc. 1829. D. 30-2-63. — Rouen, 16 juill. 1834. D. 35-2-39. — Req., 8 janv. 1849. D. 49-1-16. — Montpellier, 14 juill. 1858. D. 59-2-107. — Cass., 18 mars 1867. D. 67-1-332. — Caen, 16 mars 1875. D. 76-237. — Rennes, 17 février 1879. S. 79-2-115. — Nancy, 20 déc. 1879. D. 80-2-203. — Bourges, 14 avril 1890. D. 90-5-120. — Caen, 24 juillet 1894. D. 95-2-269. — Cass., 22 déc. 1896. D. 98-1-537. — Req., 11 nov. 1912. D. 1913-1-105. — Poitiers, 21 janvier 1901. D. 1902-2-52.

du 17 mars 1867, la Jurisprudence s'est fixée en ce sens que la condition qui trouve sa justification dans l'intérêt du légataire soit dans celui des enfants, soit dans l'affection du donateur pour sa famille personnelle, n'a rien de contraire aux mœurs. Elle ne peut être réputée non écrite que dans le cas où elle aurait été inspirée au testateur par des *motifs répréhensibles*.

La Jurisprudence avait toujours admis l'abrogation des lois du 5 brumaire et 17 nivôse, an II, par la loi du 30 ventôse, an XII.

Enfin l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 décembre 1896 décidait que la preuve du caractère immoral de la condition incombait à la partie qui demandait l'annulation et que la Cour de Cassation avait à connaître des motifs.

« Attendu, portait l'arrêt de la Cour, que la condition de viduité imposée par un testateur à sa femme survivante pour qu'elle puisse profiter de ses libéralités, qui avait été prohibée par les lois du 5 brumaire et 17 nivôse, an II, n'est aujourd'hui interdite par aucune disposition du Code civil. Attendu, d'autre part, que cette condition, qui peut trouver sa justification soit dans l'intérêt de la légataire, soit dans celui des enfants nés du mariage, soit dans l'affection du disposant pour sa famille personnelle, ne doit pas, en règle générale, être considérée comme contraire aux mœurs. Attendu qu'elle ne peut être réputée non écrite que dans le cas où elle aurait été inspirée au testateur par des motifs répréhensibles, dont la preuve incombe à la partie qui en demande l'annulation et qui doivent être précisés par les juges de fond. Attendu cependant que l'arrêt attaqué,

après avoir dit qu'aucun motif sérieux ne pouvait être allégué, dans l'espèce, pour justifier la prohibition édictée par le testament, se fonde uniquement, pour en prononcer la nullité, sur l'âge de la femme et sur les dangers qui résulteraient pour elle de l'obligation de viduité, sans constater que le mari, en la lui imposant, ait été guidé par une intention reprochable. »

La Jurisprudence a une tendance marquée à se montrer très respectueuse des volontés du testateur et très exigeante pour déclarer la clause immorale. Elle valide même la condition imposée par des personnes autres que le conjoint. Ainsi l'arrêt de Montpellier du 14 juillet 1858 donna gain de cause aux héritiers d'un fils qui avaient demandé la révocation du legs universel fait par ce fils à sa mère. La condition de viduité n'était pas imposée à la veuve par des motifs malveillants et irrévérencieux, mais elle se justifiait par des sentiments naturels et honorables qui portaient le fils à exiger que, pour se rendre ou rester digne de ses libéralités, sa mère conservât le nom de son père et ne transportât pas dans une autre famille ses affections et sa fortune. Bien peu de jugements ou d'arrêts s'étaient prononcés contre la validité de la condition.

Un des premiers arrêts de la Cour de Cassation, celui du 18 juillet 1822, avait décidé que la clause obligeant une veuve au délaissement d'une partie d'un legs fait par son mari au cas où elle convolerait devait être déclarée non écrite. La clause était proscrite par la loi de nivôse sous l'empire de laquelle le testament avait été fait.

Un jugement du Tribunal de Périgueux, infirmé par

la Cour de Bordeaux, le 27 février 1866, s'était prononcé contre la condition en déclarant illicite le célibat lorsqu'il est imposé par la volonté, parce qu'on porte atteinte à la volonté de l'homme à la loi naturelle et morale du mariage; qu'une pareille condition tombait sous le coup de l'art. 900 du Code civil. La liberté d'un second mariage ne devait pas être moins entière que celle de former une première union.

L'arrêt de la Cour de Caen, du 24 juillet 1894, cassé par celui de la Cour de Cassation du 22 décembre 1896, avait déclaré nulle et non écrite la condition de viduité imposée à une veuve de vingt ans, parce qu'il était immoral d'imposer sans motif sérieux à une jeune femme de cet âge, sous peine de perdre la majeure partie de sa fortune, une condition qui l'obligeait à garder un célibat perpétuel pour lequel elle pouvait n'avoir aucune vocation alors qu'elle avait déjà expérimenté le mariage; que c'était porter atteinte à sa liberté individuelle et sinon l'exciter, au moins l'exposer à tomber dans l'inconduite et le concubinage.

La Cour de Poitiers a rendu, en date du 21 janvier 1901, un arrêt qui mérite d'être signalé parce que le légataire soutenait avoir contracté un second mariage nul. La Cour de Poitiers estima que le convol prévu par la testatrice s'était réalisé; qu'en disposant dans les termes où elle l'avait fait la testatrice avait été préoccupée moins des effets légaux du mariage sur l'état civil des personnes que de son côté intime et de ses conséquences sociales. La Cour reconnut que la situation que la testatrice avait voulu éviter existait depuis deux ans et demi en vertu d'une possession d'état conforme au

titre et qu'on était en présence de faits accomplis qu'une décision de justice elle-même prononçant la nullité du mariage ne saurait effacer. La Cour refusa donc de surseoir à statuer tant que l'instance en nullité de mariage n'aurait pas été solutionnée par la Cour de Paris devant laquelle le procès avait été porté, et déclara le legs révoqué pour violation de la condition.

Effets et interprétation de la clause de viduité dans les contrats de mariage.

La Jurisprudence s'est montrée sévère pour admettre la validité de la condition de viduité apposée à une disposition contenue dans un contrat de mariage. Elle a restreint l'étendue de la condition aux termes mêmes où elle a été stipulée. La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 26 juillet 1827 (1), n'a pas considéré comme perdu un droit d'usufruit appartenant à un mari remarié après le décès de sa femme, sans enfants, malgré la clause d'un contrat de mariage ainsi conçu : « Les futurs se donnent généralement l'usufruit de tout ce qui appartiendra au prémourant d'eux, pour, par le survivant d'eux, en jouir pendant tout le reste de sa vie, mais dans le cas seulement où il n'existerait pas d'enfants, pour lors, la donation cesserait d'exister en cas de convol. »

La Cour de Montpellier, dans un arrêt en date du

(1) Dalloz. R. G. Dispositions n° 159.

15 janvier 1839 (1), a décidé qu'une donation de survie, faite par contrat de mariage au profit d'une femme avec clause de révocation en cas de second mariage n'est pas perdue si le second mariage contracté a été annulé pour défaut d'accomplissement des formalités générales. On ne peut déclarer le fait de l'existence d'un second mariage qu'autant que c'est un mariage valable, puisque c'est alors seulement que la veuve prend la qualité et les droits qui en résultent. D'où il suit que la révocation est subordonnée à la validité du nouveau mariage qui, seul, pourrait y donner lieu.

Supposons que les époux se fassent, par contrat de mariage, une donation universelle en usufruit au profit du survivant, mais sous la condition de ne pas se remarier. Cette condition pourrait-elle être supprimée par un acte émanant d'un des conjoints et contenant donation des mêmes biens? La question s'est posée devant les tribunaux.

Par contrat de mariage en date de 1833, les époux P... s'étaient fait mutuellement une donation universelle en usufruit au profit du dernier survivant. Cette donation était soumise à la condition de viduité. En 1834, les époux P... s'étaient fait de nouveau et par devant notaire la même donation, par actes séparés, conformément à l'art. 1097 du Code civil, et en déclarant que la donation aurait son effet même en cas de second mariage contracté par le survivant. La dame P... mourait en 1839, laissant pour héritiers son père et sa sœur. Son mari se remariait après deux ans de veuvage.

Le 8 février 1842, le Tribunal de la Seine annulait la

(1) D. J. G. Dispositions n° 159.

seconde donation comme contrevenant aux dispositions de l'art. 1395 du Code civil. Par arrêt en date du 3 juin 1843, la Cour de Paris (1) infirmait le jugement et déclarait valable la donation. La Cour, dans ses motifs, soutenait que l'art. 1395 devait être concilié avec l'art. 1096 qui permet toute donation entre époux pendant le mariage en les déclarant seulement révocables; que les parents P... n'avaient pas stipulé de droit de retour à leur profit; que la disposition relative à la condition de ne pouvoir se remarier a été principalement faite dans l'intérêt des enfants qui auraient pu naître et qu'il n'y en avait pas.

La Cour de Paris, dans son arrêt, a montré beaucoup de tolérance et a cherché à rendre valable un acte qui ne lésait personne. Mais nous croyons qu'elle a fait une fausse interprétation de la loi et de l'art. 1395 qui est formel sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est par une donation que les époux P... s'étaient fait les mêmes avantages que dans leur contrat de mariage mais en supprimant la condition de viduité. Or, des époux qui se font une donation accomplissent un acte entre vifs qui, dans l'espèce, était destiné à régler la liquidation de leurs droits après le mariage. La donation est bien soumise à la condition de révocabilité. Mais s'il n'y a pas révocation, la donation, confirmée par le silence du donateur, prend son effet du jour où elle a été consentie, ou plutôt du jour de l'acceptation. L'effet des conventions matrimoniales se trouvait modifié par un acte obligatoire à une époque où les époux n'étaient pas libres de se délier eux-mêmes

(1) D. J. G. Contrat de mariage, n° 327, note 1.

des conventions qu'ils avaient établies dans leur contrat de mariage. La donation des époux P..., qui modifiait ces conventions sur un point, peut-être estimé essentiel dans leur contrat de mariage, devait être annulée, le mariage durant encore au moment de la conclusion de l'acte.

Il n'en aurait pas été de même si on avait été en présence d'un testament, car le testament n'est qu'un projet pendant la vie du testateur, c'est l'expression de sa dernière volonté qu'il a rédigée d'avance, mais qu'il est réputé émettre seulement au moment de sa mort (1). Le principe de l'immutabilité des conventions s'oppose à tout acte qui aurait pour effet de porter atteinte à ces conventions durant le mariage, mais il n'empêche pas les époux, une fois le mariage dissous, de régler leurs intérêts d'une manière différente. Du moment où il n'y a plus de mariage, plus d'époux, il n'y a plus de régime matrimonial.

La Cour de Rennes a rendu un arrêt, en date du 15 décembre 1891 (2) dans un cas analogue; mais la condition de viduité imposée par le contrat de mariage était supprimée par le testament de la femme. La Cour décida que la femme ne pouvait pas, par son testament, modifier les conditions qu'elle avait imposées à sa première libéralité et que la déchéance qui devait frapper le donataire en cas de convol subsistait toujours. Cette solution, en contradiction avec les principes précédents, se justifie dans la circonstance. Les époux avaient stipulé qu'en cas de survenance d'enfants, la donation

(1) V. Planiol. — Traité élémentaire de droit civil, t. III.
(2) D. 1892-2-437.

serait réduite à la moitié de l'usufruit des biens et enfin que si le survivant venait à convoler malgré la présence d'enfants, la donation deviendrait nulle et de nul effet. Il y avait droit acquis au profit des enfants qui étaient appelés à bénéficier du droit à l'usufruit du mariage en cas de leur parent survivant.

Nous venons de passer en revue des théories bien diverses sur les effets qui doivent être attribués à la condition de viduité. Ce n'est pas sans hésitation que l'on donne sa préférence à une solution. Nous nous rallions volontiers à la thèse que M. Bartin a développée dans son Traité des Conditions (1). « Ce n'est pas à l'intention immédiate de l'auteur de la condition qu'il faut s'attacher, puisque, si l'on s'attachait à cette intention immédiate de produire tel fait, et d'enlever au bénéficiaire de l'acte tel droit inaliénable, toute condition qui toucherait aux mœurs, qu'elle y fût conforme ou non, serait invariablement illicite et nulle. C'est l'intention ultime du disposant qu'il faut envisager. A-t-il poursuivi un but moralement louable, socialement utile, la condition est conforme aux mœurs, et partant valable. Dans le cas contraire, elle est nulle, moins parce qu'elle blesse les mœurs, que parce qu'elle tend à supprimer en fait un droit inaliénable, et que le but ultime qu'elle révèle chez son auteur n'est pas de nature à créer une faveur à son profit. Cette intention ultime varie naturellement avec les espèces. Son caractère juridique n'est pas fixé une fois pour toutes, et d'une manière abstraite, comme il l'est dans la condition illicite, par la nature du droit que cette condition nous enlève. Il

(1) Page 247.

dépend ici de la pensée cachée et du mobile psychologique qui ont guidé le disposant. Autant dire que la question de savoir si la condition est conforme ou contraire aux bonnes mœurs, est une pure question de fait, dont l'appréciation est absolument réservée aux juges de fait. »

Cela écarte donc les deux théories extrêmes, celle qui admet toujours la condition de viduité et celle qui la rejette d'une façon absolue. La première de ces théories parce qu'il se peut que l'intention ultime du testateur soit contraire aux bonnes mœurs et que la condition apposée à la disposition testamentaire n'ait qu'un seul but : entraver le mariage du conjoint survivant, grave atteinte portée à sa liberté. Ainsi le conjoint survivant n'est pas réservataire dans la succession du prédécédé. Son droit ne s'exerce que sur les biens dont le prédécédé n'a pas disposé. Un époux pourrait décider, dans son testament, que l'usufruit légal cessera en cas de second mariage même s'il n'existe pas d'enfants communs. Cette clause, qui devrait être déclarée non écrite comme contraire aux bonnes mœurs, étant inspirée au testateur par des motifs manifestement répréhensibles, produirait tout son effet si la condition de viduité était toujours admise.

Quant à la thèse opposée, elle est également trop radicale. Certains auteurs, notamment Laurent, appuient leur opinion sur ce fait que l'art. 900 dérivant du droit intermédiaire est un texte impératif. Mais M. Bartin, qui soutient cette idée, reconnaît que le Code civil n'est pas aussi absolu que le droit intermédiaire en ce qui concerne la liberté du mariage.

La conséquence de l'application de l'art. 900 est cho-

quante. La condition est réputée non écrite, c'est-à-dire que le légataire conserve la libéralité malgré la volonté contraire du testateur. On comprend aisément que les tribunaux fassent l'application de l'art. 900 avec une extrême prudence. Déclarer illicite, dans tous les cas, la condition de viduité serait la suppression de bien des libéralités testamentaires faites d'époux à époux. A l'époque où les seconds mariages ont été vus avec le plus de faveur, en droit romain, la condition de viduité était délibérément écartée dans un but social : la procréation d'enfants légitimes. La justice et le sentiment voudraient voir la libéralité elle-même annulée si elle était contraire aux lois et aux bonnes mœurs.

Une raison qui milite encore en faveur de la condition, c'est que le bénéficiaire de la libéralité est une personne qui a déjà été mariée. Le testateur, en léguant à son conjoint survivant des biens sur lesquels celui-ci n'avait aucun droit, a peut-être dépouillé ses propres enfants et leur a retiré des biens de famille. Il est naturel que le défunt estime que ces libéralités ne doivent pas passer dans une autre famille au détriment de la sienne. La famille est aussi digne d'intérêt que l'individu.

Enfin le législateur lui-même semble reconnaître la validité de la condition. M. Lamy, dans son rapport sur la loi du 3 avril 1917, disait textuellement : « Si l'époux prédécédé craint un calcul par trop intéressé, il peut, par une disposition testamentaire, déjouer les projets de ce dernier, en léguant tous ses biens à ses enfants, ou en faisant un legs au survivant, sous condition qu'il ne se remarie pas. Une disposition testamentaire de ce

genre ne serait pas caduque et recevrait son application (1). »

Une objection que l'on peut faire à la théorie de la jurisprudence qui écarte ou valide la condition, suivant que les motifs sont répréhensibles ou non, c'est que l'on se trouve en présence d'un critérium bien vague laissant toute latitude aux juges de fait. Ceux-ci substituent leurs appréciations personnelles aux intentions véritables du testateur. Tout en reconnaissant la valeur de l'objection, nous ne voyons pas comment on pourrait apprécier autrement si une condition est conforme ou non aux bonnes mœurs. Faire dépendre la validité de la condition des circonstances dans lesquelles se trouve le veuf ou la veuve? Sont-ils vieux ou jeunes, riches ou pauvres, ont-ils des enfants ou non? Evidemment un pareil critérium aurait l'avantage d'être simple. Mais serait-il plus juridique de faire dépendre la valeur d'une condition de l'existence d'enfants, de la richesse et de l'âge du légataire que de la recherche de l'intention ultime du testateur?

La Jurisprudence moderne n'assimile pas, en général, l'inconduite du légataire au remariage. Elle décide que la déchéance de la libéralité stipulée pour le cas de remariage est une peine prescrite seulement pour ce cas et qui ne peut, sous prétexte d'analogie, être étendue à aucun autre (2). C'est, à n'en pas douter, un résultat choquant de voir une personne perdre une libéralité parce qu'elle contracte une union légitime, tandis qu'elle

(1) *J. off.*, doc. parl. d'oct. 1916, p. 1476.

(2) Douai, 11 janvier 1848. D. 48-2-148. Amiens, 3 novembre 1892. G. P. 1893, 1-2-12.

l'aurait conservée en vivant dans le libertinage. Bel argument pour les adversaires de la condition, qui a pour résultat de pousser le légataire à la débauche. Nous avons constaté que la Jurisprudence de l'ancien droit avait évité cet écueil en assimilant l'inconduite au remariage. Faut-il regretter que la Jurisprudence moderne n'ait pas suivi son aînée? A la réflexion nous ne le pensons pas. Qui intenterait l'action? Les propres enfants du conjoint survivant? Mais le premier devoir des enfants c'est le respect qu'ils doivent à leurs parents. Pour une question pécuniaire ils iraient dévoiler au grand jour la défaillance et la honte de leur parent! Erubescit lex castigatores filios genitoribus statuere. » Les héritiers du défunt? On comprend qu'ils n'aient pas la pudeur de s'arrêter devant un tel obstacle. Mais alors que de procès à scandale! Les agences de renseignements seraient à l'affût de toutes les médisances et de toutes les turpitudes de la vie privée. Il vaut encore mieux pour la santé publique de ne pas étaler ces drames de l'alcôve.

Si le mariage semble être pénalisé, c'est qu'il produit des effets juridiques, contrairement au concubinage. Il est plus redoutable pour la famille, si paradoxal que cela puisse paraître : pas de contrat de mariage, pas de droits de succession dans le concubinage. Enfin, malgré la valeur considérable de l'argent à l'heure actuelle, bien peu intéressantes sont les personnes qui, pour une vulgaire question pécuniaire, abdiquent toute dignité et oublient le principal de leur devoir. L'espérance que l'on mettrait en elles pour contribuer au bien du pays serait mal placée.

CHAPITRE II

Lois spéciales

Droits du conjoint survivant en matière d'institutions de retraites et de prévoyance sociale.

Il est naturel que celui qui s'est dévoué pendant de longues années au service de la société voie la société lui venir en aide lorsque la vieillesse ou la mutilation qu'il a subie au service de l'Etat ne lui permettent plus de subvenir à son existence.

Sous l'ancien régime déjà, les vieux serviteurs, les vieux fonctionnaires n'étaient pas abandonnés sans ressources, mais les pensions étaient soumises à l'arbitraire. Aucune règle n'était édictée soit pour la durée ou la nature des services qu'il fallait avoir accomplis pour obtenir une pension, soit pour la quotité de la rémunération.

L'Assemblée Constituante s'était préoccupée de la question. Elle avait voté la loi du 3 août 1790 qui éri-

geait les pensions en dette de reconnaissance de la part de la nation et réglementait leurs conditions et leurs quotités. La déplorable situation financière dans laquelle se trouvait l'Etat ne lui avait pas permis de tenir ses engagements. Ce n'est guère qu'après la rédaction du Code civil que le législateur ou le gouvernement réglementèrent les pensions.

Les considérations qui avaient poussé le législateur à assurer, dans la plus large mesure, des pensions aux serviteurs de l'Etat, devaient, naturellement, l'amener à songer aussi à leurs veuves et à leurs orphelins, et à leur venir en aide. Mais, comme nous le verrons dans la suite, la veuve qui avait droit à une pension, si elle remplissait certaines conditions, perdait son droit par son convol en secondes noces. C'était une nouvelle déchéance encourue par la veuve remariée.

Primitivement il n'y eut pas de loi générale sur les pensions soit civiles, soit militaires. Ce furent des décrets impériaux ou des ordonnances royales qui réglementèrent les pensions d'une certaine catégorie de fonctionnaires ou d'employés.

Les Majorats.

Le premier décret en date, celui du 1er mars 1808, visait les majorats. Le majorat est une substitution, à perpétuité, dans la descendance masculine, de l'institué et par ordre de progéniture, d'une propriété immobilière affectée d'un titre noble et héréditaire. Les majorats existaient avant le décret de 1808 qui n'avait fait que les rétablir, leur suppression datant des premières années de la Révolution.

Les art. 48 et 49 de ce décret fixaient les droits de la

veuve. Au décès du titulaire, celle-ci avait droit à une pension viagère, à une sorte de douaire, qui était pris sur le revenu des biens affectés au majorat. L'art. 49 était ainsi conçu : « Cette pension sera de la moitié du produit, si le majorat est éteint ou transféré, et du tiers si le majorat subsiste encore; *dans ce dernier cas,* la pension ne sera due : 1° qu'autant que la veuve ne trouvera pas dans ses biens personnels un revenu égal à celui que la pension lui donne; 2° qu'autant qu'elle restera en viduité ou ne se remariera qu'avec notre permission. »

D'après cet article, le convol de la veuve n'avait pas le même effet suivant que le majorat était éteint ou transféré ou suivant qu'il subsistait encore. Le texte est clair et précis pour établir cette distinction. L'expression, *dans ce dernier cas,* indiquait bien la volonté de mentionner exclusivement le cas qui précède et d'écarter toute autre cause de déchéance. Pourquoi cette différence? Et pourquoi est-elle basée sur un tel critérium : faire dépendre le maintien de la pension à la veuve remariée de l'extinction ou de la conservation du majorat? Cette différence était essentielle dans la pensée de l'auteur du décret, puisque la quotité de la pension n'était déjà plus la même dans l'un ou l'autre cas. Pour trouver l'explication, il faut se rendre compte de la pensée de Napoléon et de son but lorsqu'il fit revivre les majorats. Il voulait s'entourer d'une noblesse nouvelle dont le prestige serait soutenu par une grande fortune : les majorats assuraient cette fortune dans les familles privilégiées. Une veuve d'un haut dignitaire de l'Empire pouvait se remarier à une personne indigne ou seule-

ment de naissance obscure, mariage qui aurait été à l'encontre du but poursuivi par l'empereur. Lorsque le majorat était éteint ou transféré la conséquence était moins grave que lorsqu'il subsistait. C'était peut-être la raison de la différence établie. Du reste la veuve ne perdait pas toujours sa pension. Il lui suffisait, pour la conserver, de faire approuver son mariage par l'empereur qui appréciait souveainement la dignité de ce nouveau mariage.

La loi des 7-11 mai 1849, qui avait pour but de hâter l'affranchissement des biens majoratisés, était muette sur la condition de viduité. Le silence de la loi devait faire admettre que les décrets impériaux n'étaient pas modifiés sur ce point. Dans le cas où l'autorisation était nécessaire pour contracter un second mariage, la veuve devait la demander au chef du pouvoir exécutif.

Si nous nous sommes étendu sur cette question des majorats, c'est qu'elle avait encore son importance il y a seulement une vingtaine d'années. Le nombre des majorats était de 58 au 1er janvier; il s'élevait à 38 au 1er octobre 1904. Leurs revenus étaient de 2,082,887 fr. en 1834. Malgré la conversion des rentes, avec les accroissements de la retenue du 1/10 et du Mont-de-Milan, ce chiffre était d'environ 900,000 francs en 1904 (1).

Des décrets impériaux ou des ordonnances royales vinrent peu à peu régler les pensions d'une certaine catégorie de fonctionnaires. Tous ces décrets ou ordonnances donnaient des droits à pension aux veuves, remplissant des conditions d'âge, d'un nombre déterminé d'années de mariage. Le convol de la veuve avait tou-

(1) V. Dudouit. — Des majorats au point de vue financier. Th., p. 48.

jours pour effet de lui supprimer sa pension. Nous nous contenterons de citer par ordre chronologique les principaux décrets et ordonnances :

Décret du 4 juillet 1806-19 mai 1832, portant règlement sur les pensions de retraite des employés du Ministère de l'Intérieur, art. 12, paragraphe 3.

Décret impérial du 10 février 1811-8 mars 1831, sur les pensions de retraite des employés de la Cour des Comptes, art. 11.

Décret impérial du 7 février 1809, relatif aux pensions de retraite des employés des Hospices de Paris, art. 16.

Ordonnance royale des 23-30 septembre 1814, portant règlement sur les pensions de retraite accordées aux présidents, conseillers, conseillers-auditeurs, juges et gens du roi des Cours royales, Tribunaux et Justices de paix, ainsi qu'aux fonctionnaires et employés des bureaux de la Chancellerie de France, art. 12. Le convoi de la veuve n'est pas mentionné.

Ordonnance royale du 20 janvier 1815, sur les pensions des employés des administrations militaires, de leurs veuves et de leurs orphelins, art. 4.

Ordonnance royale du 28 novembre 1821, sur les pensions de retraite des employés du service des subsistances militaires. La section III, qui traite des pensions et secours susceptibles d'être accordées aux veuves et aux orphelins des employés, est muette sur la question du remariage.

Ordonnance royale du 20 août 1824, sur les fonctionnaires, employés, ouvriers, etc., de l'Imprimerie royale, tit. VII, art. 37, 38, 39 et 41.

Ordonnance royale des 12-18 janvier 1825, portant

règlement général sur les pensions de retraite des fonctionnaires et employés du département des finances, art. 19 et 20.

Ordonnance royale du 20 mai 1844, portant règlement sur les pensions de retraite des employés du Mont-de-Piété de Paris, art. 15 et 16. Cette ordonnance, d'un caractère spécial, est un des documents qui serviront de base à la refonte de la législation sur les pensions civiles.

Loi des 11-14 avril 1831 sur les pensions de l'armée de terre.

La première loi sur les pensions fut celle des 11-14 avril 1831 sur les pensions de l'armée de terre. L'art. 20 de cette loi spécifiait que la femme séparée de corps ne pouvait prétendre à aucune pension. Il n'était pas fait mention du convol en secondes noces de la veuve survivante. Bien que le droit de la veuve à la pension après son remariage ne fût pas inscrit dans la loi de 1831, il a été dit qu'un des motifs qui avaient contribué à faire admettre le maintien de la pension à la veuve remariée était l'inscription de cette pension au Grand Livre. On ne pouvait plus y toucher même s'il y avait eu erreur. Nous ne croyons pas que ce fût la véritable raison. Le seul fait par le législateur de ne pas avoir mentionné le convol montre qu'il avait voulu écarter cette cause de déchéance. Jusqu'alors le mariage de la veuve était expressément visé comme une cause de déchéance.

La loi des 18 avril-11 mai 1831 sur les pensions de l'armée de mer est analogue à la précédente.

Loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles.

Ce fut seulement en 1853 qu'une loi vint réglementer

les pensions civiles d'une façon uniforme. Il était urgent et nécessaire de ramener à des règles communes le grand nombre de décrets ou d'ordonnances remplis d'anomalies et de contradictions. Comme la loi de 1831 sur les pensions militaires, la loi du 9 juin 1853 gardait le même silence sur le convol de la veuve. Ce silence était, naturellement, interprété dans un sens favorable pour la veuve, c'est-à-dire qu'elle conservait sa pension malgré son mariage. Si, de tout temps, il eût été plus humain de ne pas montrer une trop grande rigueur contre les seconds mariages, dans le cas présent, la déchéance de la pension aurait constitué une véritable injustice. La loi de 1853, en effet, faisait subir des retenues aux fonctionnaires et leurs pensions apparaissaient à titre de « traitements différés ». Le fonctionnaire ne touchait pas intégralement son traitement, et, si minime que fût cette retenue, la femme en subissait l'atteinte. Il n'était que juste de l'en faire profiter après la mort de son mari sans tenir compte de sa conduite ultérieure.

Il était un cas, cependant, où indirectement le convol de la veuve pouvait devenir une cause de déchéance à son droit de pension. D'après les lois de 1831, art. 26, et de 1853, art. 29, la pension était suspendue par la privation de la qualité de Français. Par conséquent, une veuve qui épousait un étranger perdait sa pension (1). L'art. 19 du Code civil permettant à la femme de recouvrer la qualité de Française, son droit à la pension était susceptible de renaître, mais du jour seulement où la qualité de Française lui était acquise à nouveau.

(1) Arrêt du Conseil d'Etat du 27 juillet 1870.

On peut se demander ce que deviendrait la pension d'une veuve lorsque cette pension a été liquidée sous l'empire d'un règlement refusant à la femme le droit de réversion en cas de convol et lorsque le convol a eu lieu postérieurement à la loi de 1853. Un arrêt du Conseil d'Etat, en date du 7 mai 1857, est venu trancher la question. « Considérant que le droit de la veuve, disait l'arrêt, s'ouvre à l'époque du décès du mari et que ce droit est réglé quant aux conditions de son existence par la législation en vigueur à cette époque. Considérant que le sieur D... est décédé le 22 mars 1853 sous l'empire de l'ordonnance du 12 janvier 1825; qu'ainsi la question de savoir si la concession faite à sa veuve d'une pension de retraite était soumise à la condition qu'elle ne se remarierait pas, doit être décidée d'après les dispositions de cette ordonnance. » Si cet arrêt est conforme aux principes, il est regrettable que le législateur de 1853, qui avait écarté, comme mauvaise, la disposition consacrant la déchéance de la pension en cas de convol de la veuve, ne lui ait pas enlevé ses effets pour l'avenir.

Non seulement la loi de 1853 ne faisait pas perdre la pension à la veuve remariée, mais l'art. 31 de ladite loi lui permettait de cumuler dans la limite de 6,000 francs plusieurs pensions. L'art. 31 étant inséré au titre des « Dispositions applicables aux pensions de toute nature », cette disposition s'appliquait également aux pensions militaires. Cependant le cumul était restreint aux cas spécialement visés. Ainsi la veuve d'un colonel qui jouissait d'une pension à titre de récompense nationale avec stipulation que ladite pension se cumulerait avec

la pension régulière qui était attribuée à l'intéressée en raison des services de son mari, n'a pas été admise à cumuler la récompense nationale et sa première pension avec la nouvelle pension militaire qu'elle avait acquise de son second mariage avec un général (1).

Loi du 14 juillet 1866 sur la propriété littéraire

La loi du 14 juillet 1866 sur la propriété littéraire est une loi à ajouter à celles déjà nombreuses qui frappent le convol d'une déchéance. L'article premier, paragraphe 4 in fine, porte en effet : « Elle cesse (la jouissance légale) au cas où le conjoint contracte un nouveau mariage. » Si on consulte les travaux préparatoires, on remarque que le projet du gouvernement ainsi que le projet primitif de la commission ne contenaient pas de disposition sur le cas des seconds mariages. On avait peut-être estimé que le testament était un moyen suffisant de protection pour l'auteur et qu'il lui était loisible de prévoir le cas de mariage possible de son conjoint survivant. Toujours est-il qu'une fois de plus le législateur est venu exprimer dans un texte de loi la volonté présumée d'un mourant. Le principe de la déchéance fut adopté sans aucune discussion.

La loi a employé le mot conjoint, expression générale, qui étend aussi bien à l'homme qu'à la femme l'avantage que la législation précédente (décret du 5 février 1810) avait uniquement accordé à la femme. Cette innovation, due à la commission, avait été l'objet d'une discussion parmi les membres de la commission. On avait fait remarquer que le mari avait les prérogatives de

(1) Conseil d'Etat, 29 juil. 1898. D. P. 1900-3-6.

l'administration et que c'était une raison de ne pas le traiter comme la femme. Le principe d'égalité avait fini par l'emporter.

Pourquoi le législateur a-t-il frappé si sévèrement le convol dans ce cas, alors que précédemment il avait légiféré dans un autre esprit à propos des lois de 1831 et 1853? La loi de 1866 a donné au conjoint survivant des droits très étendus sur la propriété littéraire du conjoint prédécédé. Elle lui a accordé la jouissance des droits dont l'auteur n'a pas disposé par acte entre vifs ou par testament. Incontestablement, la propriété littéraire doit être rangée parmi les biens meubles. Elle tombe donc en communauté si les conjoints ont adopté ce régime. Il peut résulter de ce fait une conséquence étrange que le législateur n'a pas prévue. Le survivant non auteur pourrait avoir, en vertu de la loi, la totalité du produit des œuvres de son conjoint à titre d'usufruit, alors que l'auteur lui-même, si c'est lui qui survit, n'aurait droit qu'à la moitié du produit de son travail, l'autre moitié allant aux héritiers du défunt.

Il était déjà suffisant que la loi accordât au conjoint survivant un large droit d'usufruit sur les œuvres de l'auteur défunt auxquelles il n'avait pas contribué, la plupart du temps, en quoi que ce soit, il était naturel qu'elle lui interdît d'enrichir une famille nouvelle. Il faut bien reconnaître qu'il s'agit, en l'espèce, d'un droit d'une nature particulière. Si une œuvre livrée au public se traduit pour l'auteur par un gain pécuniaire, comme tout produit du travail, il n'en reste pas moins vrai que ce bien est la manifestation de la pensée ou du génie de l'auteur, chose essentiellement intime et personnelle

et qu'il s'agit d'un droit qui incarne une prérogative de la personnalité elle-même (1).

« La compagne de l'homme de génie, disait M. le Rapporteur de la commission, lui prête l'assistance d'un cœur droit et d'un esprit élevé. Par ses grâces, par ses vertus, elle rend plus facile l'œuvre de celui dont elle partage les déceptions et les triomphes. C'est la première dépositaire de sa pensée, c'est la gardienne la plus pieuse de sa mémoire et des ouvrages pour lesquels elle est devenue en quelque sorte son associée et sa coopératrice. » Ce langage est évidemment d'une haute élévation, mais s'ils avaient été de ce monde, Molière et Rousseau, pour ne citer que ces deux grands génies, l'auraient trouvé ironique en songeant l'un à Armande Béjart, l'autre à Thérèse Levasseur. La loi romaine punissait la femme qui ne respectait pas la mémoire de son mari pendant un délai déterminé. Si la loi française doit respecter la liberté individuelle et ne pas entraver mal à propos ses projets matrimoniaux, elle n'a pas porté atteinte à cette liberté en retirant au conjoint remarié un avantage accordé en souvenir de sa première union.

Bien entendu il dépend de la volonté de l'auteur défunt d'effacer par testament cette condition résolutoire du droit d'usufruit s'il préfère son conjoint même remarié à des héritiers éloignés et inconnus.

Remarquons en terminant que la perte de la jouissance légale par le conjoint remarié a sa répercussion sur les droits de l'éditeur qui a traité avec ce dernier. Il est cessionnaire d'un droit aléatoire qui s'anéantit du

(1) V. note de M. Saleilles sous arrêt Cour de Paris. S. 1900-2-121.

jour du mariage du cédant. L'éditeur n'a pas d'action en garantie et ne saurait prétendre à des dommages-intérêts sans porter atteinte à la liberté du mariage.

Loi du 25 mars 1873 sur la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie et loi du 30 juillet 1881 accordant des indemnités aux victimes du Coup d'Etat de 1852.

Ces deux lois sont d'un caractère particulier. La loi du 25 mars 1873 a accordé des droits spéciaux de succession au conjoint qui suivait le déporté dans le pays de son châtiment. Le législateur a voulu donner à ces droits de succession un caractère de récompense et d'encouragement. Il n'y a pas de déchéance inscrite dans la loi pour le cas de convol, ce qui aurait été contraire à l'esprit même de la loi.

Il n'en est pas de même pour la loi du 30 juillet 1881, où il est dit dans l'art. 13 : « Au décès des crédirentiers, moitié de la pension viagère qui leur aura été attribuée sera réversible sur leur veuve non remariée ou leurs descendants du premier degré. » L'Etat se reconnaissait débiteur envers des victimes vingt-neuf ans après le préjudice causé. C'était tard pour un débiteur scrupuleux. Mais cette loi avait plutôt un caractère politique. Les indemnités étaient accordées avec parcimonie et les arrérages ne commençaient à courir qu'à partir du 1er juillet 1881 et non du jour où le préjudice avait été subi.

Loi du 9 mars 1891.

Nous avons montré le rang trop éloigné qui était réservé au conjoint survivant dans la succession du con-

joint prédécédé, et les conséquences fâcheuses que cela pouvait entraîner.

La loi du 9 mars 1891 vint remédier à cet état de choses regrettable en donnant au survivant tout au moins un droit d'usufruit sur une quote-part des biens du défunt. Cette loi, dont la première proposition, présentée par M. Delsol, remonte à 1876, a été l'objet d'un examen approfondi et a donné lieu à des travaux préparatoires remarquables. Les Facultés de Droit, la Cour de Cassation et les Cours d'appel avaient été invitées à donner leur avis. La Cour de Cassation et quelques autres Cours avaient conclu au rejet pur et simple de la proposition de loi de M. Delsol.

La question du convol de l'époux survivant a été agitée et a reçu différentes solutions. La majeure partie des Cours d'appel s'étaient prononcées en faveur de la proposition, c'est-à-dire pour la déchéance du droit accordé au conjoint. Seules les Cours de Lyon et de Besançon étaient favorables au maintien intégral de l'usufruit. « Votre commission a considéré, disait la Cour de Lyon (1), qu'il n'y avait pas lieu d'entraver la liberté des mariages sans d'impérieux motifs, qu'un second mariage n'était que l'exercice d'un droit reconnu par la loi et ne devait pas être puni par une déchéance à moins que le défunt n'ait, à cet égard, exprimé une volonté certaine, qu'il pouvait être commandé par la position même du survivant ou inspiré par le désir de donner à des enfants d'un premier lit les soins et appui qui leur manqueraient. Elle a craint que, dans certaines situations, un état de viduité conseillé uniquement par

(1) V. *J. off.* du 13 mars 1876, annexe n° 3671, p. 1714.

l'intérêt ne devînt un danger pour les mœurs et une cause de désordre. »

Entre ces deux solutions extrêmes, la Cour d'Amiens en avait proposé une intermédiaire : n'admettre la révocation qu'en cas d'existence d'enfants. « ... N'y a-t-il pas lieu de distinguer le cas où il n'existe plus d'enfants du premier mariage. Dans cette hypothèse, le convol est bien plus excusable, bien plus naturel. A qui profiterait la déchéance de l'usufruit, à des ascendants, à des collatéraux plus ou moins éloignés? Ni les uns ni les autres ne devaient compter sur la succession du prémourant. S'il existe des enfants, au contraire, il y a presque toujours pour eux un préjudice. Leurs sentiments sont nécessairement froissés par la présence d'un beau-père ou d'une belle-mère, leur part héréditaire est diminuée par le concours d'autres enfants. Le père ou la mère qu'il leur reste pourrait s'attacher exclusivement à eux, se consacrer à leur éducation et chercher dans leur affection seule une consolation à ses douleurs. Il est donc équitable et moral de leur rendre en ce cas tout ce qui provient de l'héritage du prémourant (1). »

M. de Ventavon se montra, au Sénat, un ardent défenseur des seconds mariages et combattit toute espèce de déchéance. « C'est dans l'union conjugale même que prend naissance le droit que vous reconnaissez aujourd'hui; il est, par conséquent, indépendant de la conduite postérieure de l'époux. ... Cependant, Messieurs, la loi qu'on vous propose, en faisant du convol et de la séparation de corps des causes de déchéance ou d'empêchement, s'est inspirée de deux pensées qui, je le crois, sont

(1) *J. off.* 12 mars 1876, annexe 3671, p. 1745.

des fictions dangereuses. La première consiste à regarder la vocation des héritiers par la loi comme la conséquence de l'affection que le défunt est censé avoir eu pour eux. On trouve effectivement cette idée dans les lois romaines sur les successions testamentaires qui formaient alors le droit commun. Mais la législation française n'a pas suivi cette tradition. Je veux toutefois admettre que l'époux ne soit appelé que par suite de l'affection que le défunt est censé avoir pour lui. Il faut pour arriver aux conséquences que la commission a tirée de ce principe, adopter une seconde fiction, celle que le prémourant, s'il eût écrit lui-même ses volontés dernières, aurait attaché à son legs la condition de viduité. »

De son côté, M. Delsol, rapporteur, après avoir constaté que la déchéance est une question délicate, disait: « Nous vous proposons une solution qui n'a rien d'absolu : nous déclarons, dans notre projet, que l'époux qui convole en secondes noces ne perd son droit d'usufruit que s'il y a des enfants issus du mariage. Dans ce cas il est évident que le défunt n'aurait pas entendu laisser l'usufruit de ses biens aller enrichir une famille nouvelle au détriment de ses propres enfants. Il y a donc déchéance. Lorsqu'il n'y a pas d'enfants, qu'il n'y a que des ascendants ou des collatéraux plus ou moins éloignés, nous n'avons pas cru devoir punir l'époux qui convole en secondes noces en lui faisant perdre son usufruit. Vous le voyez, la solution que nous vous proposons est très modérée, c'est une transaction entre deux opinions extrêmes qui ont donné lieu aux plus vives discussions »(1).

(1) *J. off.* 10 mars 1877, p. 1818.

La solution intermédiaire prévalut; mais la loi fut définitive en 1891 seulement.

Le premier paragraphe du nouvel article 767 reproduit à peu près l'ancien article. Si le défunt ne laisse aucun parent au degré successible, ni enfants naturels, les biens de la succession appartiennent en pleine propriété au conjoint survivant non divorcé et contre lequel il n'existe pas de séparation de corps passée en force de chose jugée. Cette dernière cause de déchéance n'existait pas dans l'ancien article.

La rédaction définitive indiquait que la cause de la déchéance résidait non dans le convol lui-même, mais dans l'existence de descendants du défunt au moment du convol de l'époux survivant. L'ancienne rigueur contre les secondes noces passait à l'arrière-plan et la principale préoccupation du législateur fut la protection des enfants du premier lit. L'art. 767 était ainsi rédigé in fine : « L'usufruit du conjoint cesse s'il existe des descendants du défunt. » On peut remarquer les termes généraux employés par le législateur. Le mot « conjoint » désigne aussi bien l'homme que la femme. L'homme était placé sur le même plan que la femme et il était déchu de son droit successoral en cas de convol, s'il y avait des descendants de sa première femme. L'expression « descendants » était aussi générale. Il n'y avait pas lieu de se préoccuper si les descendants laissés par le défunt étaient des enfants communs ou s'ils étaient issus d'une précédente union. Par contre, il ne suffisait pas qu'ils aient existé, il fallait encore qu'ils soient vivants au moment du mariage. L'usufruit perdu par le conjoint remarié l'était définitivement et il ne

revivait pas au décès des descendants du premier conjoint.

La perte de l'usufruit se produisait sans rétroactivité : le second mariage du conjoint survivant n'a pas l'effet rétroactif d'une condition (1). De la décision de la Cour de Cassation il résulte que la rétroactivité de l'événement futur et incertain auquel les parties ont subordonné le droit qu'elles créent ou qu'elles transmettent dépend de leur volonté. Spécialement la clause portant que l'usufruit donné au conjoint survivant cessera en cas de convol en secondes noces, peut, suivant l'intention des parties, agir avec ou sans rétroactivité. Dans le premier cas elle constitue une condition résolutoire, dans le deuxième cas un terme.

Le droit d'usufruit n'a été accordé au conjoint que s'il n'a pas reçu des libéralités du défunt atteignant le montant des droits attribués par la loi. Supposons le cas de libéralités faites par le de cujus à son conjoint survivant, égalant ou dépassant le droit d'usufruit légal, ces libéralités étant faites sous la condition expresse de ne pas se remarier. Il faut aussi supposer qu'il n'y a pas de descendant du conjoint prédécédé. Quels sont, dans ce cas, les droits du conjoint survivant? Cette question délicate a été résolue différemment et dans la doctrine et dans la jurisprudence.

« Mais quand l'époux, disait M. Lamache (2), fait une donation à son conjoint en lui imposant une condition dont l'inaccomplissement suppose une *contravention* à

(1) Douai, 20 janv. 1910. D. 1911-2-233. — Cass., 3 août 1911. D. 1912-1-180.

(2) *Revue du Notariat*, n° 8932, p. 407.

ses volontés et, qu'en outre, cette condition est de telle nature qu'elle ne peut se réaliser qu'après la mort du disposant, ce qui a lieu, notamment, lorsque la donation a été déclarée révocable pour le cas où l'époux survivant viendrait à se remarier, on ne peut plus supposer que l'époux donateur a eu pour but, en stipulant la révocation, de faire revenir les biens donnés, dans son patrimoine à l'effet de recouvrer la faculté d'en disposer ultérieurement. Le disposant n'a pu considérer ici la révocation que comme une peine infligée au conjoint qui ne s'est pas conformé à ses volontés; or, si telle a été l'intention du donateur, on ne peut pas supposer qu'il a voulu que son conjoint retînt comme héritier ce qu'il devait rendre comme donataire. Le maintien de la vocation ab intestat est incompatible, dans ce cas, avec le but de la révocation. Autoriser le conjoint à prendre comme héritier ce qu'il perd comme donataire, ce serait supprimer l'effet de la révocation. »

Cette opinion était primitivement admise par la plupart des auteurs (1). Elle avait été admise dans de rares jugements ou arrêts (2). « Considérant, en droit, disait l'arrêt de la Cour de Bourges, que le nouvel article 767 du Code civil, édicté par la loi du 9 mars 1891, a eu simplement pour but de suppléer au silence du conjoint prédécédé à l'égard de son conjoint survivant et de réparer une omission involontaire. Mais que le prémourant a toujours la faculté d'exhéréder son conjoint, soit en donnant ou en léguant ses biens à d'autres per-

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl. — Traité des successions, t. I, n° 806. — Vigié. *Revue Critique*, 1896, p. 158.

(2) Trib. civ. de la Seine des 19 juin et 26 juin 1896. — *Revue du Notariat*, n° 9747, p. 89. — Bourges, 27 mars 1897. D. 97-2-302.

sonnes, soit en exprimant nettement sa volonté de le priver de l'usufruit concédé par la loi nouvelle. Considérant, en fait, que feu le baron de L... a par deux fois manifesté son intention formelle de priver sa femme de tout droit d'usufruit sur sa succession en cas de convol en deuxièmes noces; la première fois dans son contrat de mariage du 6 décembre 1871, la seconde fois dans son testament olographe du 25 juillet 1886; que cette volonté d'exhéréder sa femme au cas où elle contracterait une nouvelle union, c'est donc avec raison que les premiers juges ont décidé que par son second mariage du 12 février 1896 la dame de V..., veuve en premières noces de H. de L..., avait perdu tout droit à l'usufruit dans la succession de son premier mari. »

Dans une note sous un arrêt de la Cour de Bourges du 2 juillet 1901 (1), M. Planiol critiquait la solution précédente. « Le raisonnement à l'aide duquel on veut retirer à l'époux survivant son droit d'usufruit légal lorsqu'il a perdu, pour une cause quelconque, l'usufruit que son conjoint lui avait donné ou légué serait également applicable à un héritier ordinaire. On pourrait toujours lui tenir le même langage qu'à l'époux et soutenir que son droit héréditaire a été réglé dans ses conditions et dans son étendue par la libéralité que le défunt lui a faite, et que, cette libéralité une fois résolue, son droit héréditaire doit disparaître du même coup. Enfin ce qui prouve bien que la loi ne voit pas dans l'existence d'une libéralité la pensée implicite d'une exhérédation enlevant à l'époux son droit successoral, c'est qu'elle lui permet de réclamer la différence quand

(1) D. P. 1903-2-330.

la libéralité qu'il a reçue est moindre que son usufruit légal. La libéralité n'a donc en elle-même aucun principe restrictif de la vocation héréditaire : elle ne la diminue pas, à plus forte raison ne peut-elle la détruire. Le conjoint gratifié d'une libéralité en usufruit a deux titres pour se présenter comme usufruitier dans la succession du prédécédé, il peut perdre l'un sans perdre l'autre, comme il peut aussi opter entre eux. »

M. de Loynes, dans une note sous un arrêt de la Cour de Douai du 20 janvier 1910 (1), adoptait les mêmes principes, et MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl s'y ralliaient à leur tour dans leur troisième édition (2).

La théorie qui vient d'être exposée avait été adoptée par la grande majorité des décisions judiciaires (3). Le Tribunal de Cahors, dans le jugement cité, avait même décidé que l'acceptation par conjoint survivant de la donation par contrat de mariage de l'usufruit de tous les biens laissés par le prédécédé sous la condition de garder viduité, par suite du concours au partage de la succession du de cujus quelques jours après le décès de celui-ci, n'impliquait pas nécessairement, de la part du survivant, renonciation à l'usufruit héréditaire. Depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 août 1911, la Jurisprudence semble bien établie dans le sens qui vient d'être indiqué.

La loi permet aux héritiers d'exiger que l'usufruit de

(1) D. 1911-2-233.

(2) T. 1, n° 590.

(3) Tribunal des Andelys, 25 juil. 1893. — *Revue du Notariat*, n° 9717, p. 89. — Trib. de Cahors, 25 avril 1899. *R. du N.*, n° 10392, p. 834. — Bourges, 3 janv. 1896. D. 1897-2-83. — Bourges, 2 juillet 1901. D. 1903-2-330. — Douai, 20 janv. 1910. D. 1911-2-233. — Cass., 3 août 1911. D. 1912-1-180.

l'époux survivant soit converti en une rente viagère équivalente. Si l'époux tombait dans le cas de déchéance prévu par la loi, il était logique de prétendre que la rente cessait d'être due malgré son caractère viager, car elle ne représentait que l'équivalent d'un droit qui s'éteignait.

D'après une opinion qui semble prévaloir dans la doctrine, le principe est que, pour les biens dont elles règlent la dévolution, les lois du 14 juillet 1866 et du 25 mars 1873, conservent toute leur autorité : aucune des dispositions spéciales édictées par la loi du 9 mars 1891 ne doit être appliquée au conjoint qui succède en vertu des deux lois précédentes (1). D'ailleurs ce principe résulte de la discussion même de la loi de 1891. M. Lacombe, répondant au nom de la commission à une proposition de M. Bozérieu, disait : « Il y a une chose certaine, c'est une loi générale que nous faisons, puisque c'est le Code civil que nous modifions; nous substituons un texte à un autre dont notre texte modifié prendra la place. La loi de 1866 conserve donc toute sa vigueur, car il est de principe que les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales. »

Par conséquent le conjoint survivant d'un déporté devait continuer à jouir de ses droits en cas de convol, la loi du 25 mars 1873 n'édictant aucune déchéance pour ce cas. Il en aurait été autrement si on lui avait appliqué la loi de 1891. Par contre, le conjoint d'un auteur perd nécessairement l'usufruit que lui confère la loi de 1866 s'il se remarie, mais conserve celui que

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 1, nos 798 et 799. — Gerbault et Dubourg : Code des droits successoraux des époux, nos 210 et 242. — Thaller : *Annales du Droit commercial*, 1891, p. 90.

lui donne la loi de 1891, car, de l'avis qui prédomine, les droits d'auteur et les autres biens du défunt constituent, dans sa succession, deux patrimoines distincts sur lesquels son conjoint peut réclamer cumulativement les deux droits d'usufruit.

La loi de 1891 a apporté aussi une modification à l'art. 205 du Code civil. Elle a accordé au conjoint survivant un droit à une pension alimentaire sur la succession du conjoint prédécédé. Le convol n'est pas, par lui-même, une cause de déchéance, et le texte est muet à cet égard. Il ressort même de la discussion que le législateur a voulu écarter cette déchéance. Dans le discours auquel nous avons déjà fait allusion, M. de Ventavon s'exprimait ainsi : « Vous avez décidé que la pension alimentaire attribuée par l'article dernier à l'époux survivant ne serait soumise à aucune déchéance résultant du convol. »

Il va sans dire que si son nouveau mariage met le conjoint survivant à l'abri du besoin, la pension ne sera plus due, ou elle pourra être réduite ou supprimée en vertu de l'article 208 du Code civil.

Nouvelles lois en matière d'institutions de retraites et de prévoyance sociale.

C'est dans des lois spéciales, en matière d'institutions de retraites et de prévoyance sociale, que le législateur a commencé à entreprendre des réformes et à envisager les seconds mariages avec plus de bienveillance. Nous étudierons donc en premier lieu les lois sur les pen-

sions et retraite et nous les grouperons toutes ensemble, bien que, si un ordre chronologique avait été suivi, certaines d'entre elles auraient dû être mentionnées à la fin de notre travail.

Loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail fut âprement discutée pendant des années et subit bien des amendements avant d'être définitivement votée. La question de la pension en cas de remariage a été posée et c'est une de celles qui provoqua le plus de discussions et qui fut l'objet du plus grand nombre de modifications. D'après les comptes-rendus des Chambres, on s'aperçoit que les secondes noces sont l'objet d'éternelles discussions, toujours prêtes à rebondir toutes les fois qu'elles sont en cause.

Dans le projet voté par la Chambre en 1888, le texte était ainsi conçu : « En cas de nouveau mariage, la veuve recevra une somme égale à trois fois le montant de la rente annuelle qui lui aura été attribuée en vertu de l'article précédent et cette rente prendra fin à dater du nouveau mariage (1). » Le texte ne mentionnait pas le mari qui n'était pas admis à cet avantage. Cela tient, sans doute, à ce que le droit à une rente ne lui avait été reconnu qu'en deuxième lecture. La commission du Sénat avait supprimé la disposition en 1890. Par un amendement, qui fut repoussé, M. Julien Goujon avait proposé, lorsque la loi était revenue à la Chambre des Députés, en 1893, de rétablir la déchéance en cas de remariage. Après plusieurs projets, notamment celui

(1) *J. off.*, Déb. parl. Ch. des Députés, 2 juillet 1898, p. 1968.

adopté par le Sénat en 1895, qui décidait que la rente cesserait d'être payée au conjoint trois ans après la célébration de son nouveau mariage, la commission sénatoriale proposa, en 1898, le texte actuel ainsi conçu : « En cas de nouveau mariage, le conjoint cesse d'avoir droit à la rente mentionnée ci-dessus; il lui sera alloué dans ce cas le triple de cette rente à titre d'indemnité totale. »

Ce texte est un texte de transaction entre les partisans de la déchéance et ceux du maintien de la pension. Il y a déchéance car le conjoint remarié voit sa pension viagère se convertir en un capital égal à trois annuités, mais la déchéance n'est pas totale. L'indemnité reçue par le conjoint est un précieux secours pour le nouveau ménage et l'aide à faire face aux dépenses inaccoutumées que nécessite toujours son installation.

Le législateur a sacrifié un peu trop légèrement l'intérêt des enfants du premier lit. Ce n'est pas uniquement à la personne du conjoint survivant que l'indemnité est accordée, c'est à la famille qui comprend les enfants du premier lit. L'indemnité devrait aller surtout à eux, car le conjoint peut toujours, par son travail, subvenir à ses besoins personnels. Il est fort probable que les enfants profiteront peu de l'indemnité que leur parent reçoit en se remariant.

Loi du 14 juillet 1908 concernant les pensions sur la Caisse des Invalides de la Marine.

La Caisse des Invalides de la Marine a pour but de donner aux inscrits maritimes âgés de cinquante ans et ayant trois cents mois de navigation une pension dite de demi-solde.

L'art. 8 de cette loi donne à la veuve un droit à une part de cette pension. Si la femme n'a pas d'enfants, cette jouissance ne commence qu'à l'âge de quarante ans. Il n'y a pas de condition d'âge si elle a des enfants. En cas de remariage (art. 8), la femme perd son droit à la pension si le dernier mari est lui-même pensionné de l'Etat, de la Caisse des Invalides ou de la Caisse de Prévoyance, ou s'il acquiert l'une de ces pensions postérieurement au mariage. Si la femme redevient veuve sans pension du fait de son dernier mari, elle recouvre pour l'avenir ses droits à la première pension.

Ainsi le mariage de la veuve a pour effet, non de lui supprimer son droit à la pension, mais de le suspendre. La loi a voulu interdire le cumul. Cette disposition consacre une nouvelle déchéance, mais elle n'a rien d'excessif; le second mari est censé représenter le mari défunt et continuer le mariage dissous. Pourquoi, cependant, le législateur a-t-il admis le principe du cumul en 1853 et l'a-t-il rejeté pour la veuve d'un inscrit maritime? Nous ne comprenons pas les motifs de cette contradiction.

Dans le dernier paragraphe du même art. 8, la loi accorde, à compter du 1er janvier 1908, un secours annuel de cent francs aux veuves nécessiteuses d'inscrits maritimes, morts en mer ou après quinze ans de navigation révolus même antérieurement à la promulgation de cette loi, si elles ne jouissent pas d'une pension sur l'Etat, la Caisse des Invalides ou la Caisse de Prévoyance. Le convol de la veuve a pour effet de lui faire perdre son droit à cette modique pension.

La loi du 9 avril 1898 n'était pas applicable aux ma-

rins. Une loi en date du 21 avril 1898 créa pour eux la Caisse de Prévoyance des Marins français. C'est une assurance contre les risques du métier. La Caisse de Prévoyance est annexée à la Caisse des Invalides, mais son existence en est indépendante. Cette Caisse de Prévoance avait été très impopulaire parmi les marins qui, subissant déjà une retenue sur leurs salaires pour leur pension de retraite, trouvaient les nouveaux prélèvements excessifs. La loi du 29 décembre 1905 abaissa leur cotisation à un taux insignifiant. Quel est l'effet du convol de la veuve sur son droit à la pension? L'art. 6, alinéa 2, s'exprime ainsi : « Si la femme titulaire de la pension instituée par le présent article se remarie et redevient veuve, elle ne peut prétendre du chef de son second mari à une deuxième pension de même nature que la première, à moins qu'elle renonce à celle dont elle jouissait déjà. » Le droit de la veuve est suspendu pendant tout le temps de son second mariage. La loi lui refuse, en cas de nouveau veuvage, le cumul des deux pensions. Mais elle lui laisse le choix entre la pension qu'elle tenait de son premier mari et celle qu'elle pouvait avoir du chef de son second mari. C'est un léger avantage concédé à la femme, les deux pensions n'étant pas forcément équivalentes.

Loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes.

Si nous examinons la loi du 5 avril 1910, aucune difficulté ne se présente. Les veuves elles-mêmes n'ont pas de pension, car elles sont des assurées facultatives.

L'art. 6 (1) ne leur accorde que de simples allocations au décès de l'assuré lorsque le décès est antérieur à la liquidation de la pension. Le paragraphe 2 du même article dispose que la veuve reçoit des allocations durant trois mois. Pratiquement la question du convol ne se pose pas, c'est pourquoi on ne trouve aucune disposition concernant la condition de viduité.

Signalons, en passant, que l'art. 6, paragraphe 2°, qui accorde les mêmes avantages aux veuves divorcées, à condition que le divorce ait été prononcé aux torts exclusifs du mari, spécifie la déchéance du droit si la femme se remarie.

Loi du 21 juillet 1909, modifiée par la loi du 28 décembre 1911, sur les pensions de retraite et d'invalidité des employés de chemins de fer.

L'art. 7 de cette loi, qui décide que les pensions de retraite sont réversibles pour moitié au profit des veuves, est muet sur la question du convol. Dans son rapport au Sénat, M. Strauss nous donne l'explication de ce silence : « L'article 7 est à coup sûr incomplet; il pourrait être complété, mais la loi peut difficilement prévoir et préciser tous les détails et les différentes éventualités.

(1) Art. 6. — Si un assuré encore astreint aux obligations de la présente loi décède avant d'être pourvu d'une pension de retraite de vieillesse, il est alloué :

2° A la veuve sans enfants de moins de seize ans, cinquante francs par mois pendant trois mois.

L'expression « veuve sans enfants de moins de seize ans » vise, évidemment, la veuve qui n'a pas eu d'enfants de son mariage avec l'assujetti ou dont les enfants sont décédés avant leur père. La veuve aurait également droit à l'allocation si les enfants communs avaient plus de seize ans.

Il a donc paru préférable de s'en remettre, pour les cas de remariage, d'orphelins de deux lits, etc., au règlement de chaque caisse de retraites dûment homologué par le Ministre. » Le convol des veuves d'employés de chemins de fer peut ne pas avoir le même effet dans toutes les Compagnies. Il eût été préférable que le législateur s'expliquât nettement sur ce point.

Cette législation ne s'applique pas aux Compagnies secondaires d'intérêt local. Jusqu'à présent, il n'y a aucun régime d'ensemble. On oblige seulement les Compagnies à avoir des caisses de retraite constituées. La conservation de la pension ou sa perte en cas de remariage est une question d'espèce. Il faut se rapporter aux statuts des Compagnies.

Loi du 25 février 1914 modifiant la loi du 29 juin 1894 créant une caisse autonome de retraites des ouvriers mineurs.

Au titre IV, art. 10, 7° de la loi du 25 février 1914, on trouve les dispositions suivantes : « En cas de remariage l'allocation cesse d'être versée à la veuve; toutefois, elle bénéficie d'un versement immédiat et égal à trois annuités de l'allocation qui lui est attribuée. » Il n'y avait aucune disposition analogue dans la loi de 1894. Bien mieux, dans le nouveau projet voté par la Chambre, le cas de remariage était passé sous silence. Le Sénat combla cette lacune. Comme pour la loi de 1898, le législateur adopta une solution intermédiaire. Selon les propres expressions de M. Hervey, contenues dans son rapport au Sénat, le législateur désirait faciliter le ménage normal et sain, celui qui est la source féconde de la famille française, de la nation française.

Mais il voulait éviter de donner une prime à l'oisiveté et de créer des précédents qui donneraient l'essor à de nombreuses réclamations.

Loi du 31 mars 1919 sur les pensions.

La guerre a, malheureusement, posé la question de la réversibilité des pensions de veuves d'une façon pressante. Tout le monde était unanime pour allouer des pensions aux veuves de guerre. Ce cataclysme avait été, pour d'innombrables femmes, la cause d'une perte cruelle non seulement dans leur affection mais aussi dans leur vie matérielle par la disparition du chef de la famille. Si le premier effet était irréparable, il était du devoir de l'Etat, pour qui tant de maris, tant de pères de famille avaient sacrifié leur vie, de venir, dans la plus large mesure, secourir leurs veuves et leurs orphelins. Mais si la veuve venait à oublier la mémoire de son mari tué ou si, poussée par les nécessités de la vie, elle contractait une nouvelle union, quel était le devoir de l'Etat envers cette femme? Quels étaient les droits de la veuve remariée sur la pension qui lui avait été attribuée?

Il semblerait que la question, aussitôt posée, fût résolue, tout au moins en principe. On a vu, précédemment, que le législateur avait eu à solutionner la question. L'analogie avec la loi de 1831 paraît frappante et le législateur, se basant sur ce précédent, aurait pu, sans hésitation, sanctionner le remariage comme il l'avait déjà fait. La discussion de la loi de 1919 montre que le mariage de la veuve de guerre a été l'objet de vives controverses.

Le gouvernement, dans l'art. 13 de son projet, em-

pruntait à la loi de 1831 le principe du maintien de la pension, mais permettait à la veuve remariée de renoncer à la pension, moyennant le versement d'un capital représentant trois annuités pour le cas seulement où il n'y aurait aucun enfant du mariage ou aucun enfant en âge de bénéficier de la pension. Ce n'était plus la conservation intégrale de la pension, puisque la veuve pouvait, et c'était le but souhaité, grâce à l'appât d'une somme assez considérable, convertir la pension en un capital qui était loin de représenter les intérêts. Ce projet consacrait une déchéance facultative. La commission de la Chambre avait été plus radicale encore. Au texte du gouvernement elle en avait substitué un autre, basé sur le principe que la pension de la veuve qui se remarie ne doit pas être maintenue. Les droits de la veuve étant transférés sur la tête des enfants mineurs du défunt. A défaut d'enfants, la veuve recevait immédiatement un capital représentant trois annuités de la pension dont elle avait la jouissance. Le texte qui fut définitivement voté est le suivant :

« Art. 18. — Si la veuve contracte un second mariage, elle peut, à l'expiration de l'année qui le suit, et dans les conditions fixées par un règlement d'administration publique, renoncer à sa pension. Dans ce cas elle a droit au versement immédiat d'un capital représentant trois annuités de cette pension, et la pension est, en outre, si le défunt a laissé des enfants mineurs, transféré sur leur tête jusqu'à la majorité du dernier d'entre eux.

« En outre, si la veuve qui se remarie et qui conserve sa pension a des enfants mineurs, nés de son mariage avec le décédé, la jouissance de la moitié de la pension

est déléguée à ses enfants jusqu'à la majorité du dernier d'entre eux. La jouissance des majorations leur appartient. »

La loi donne à la veuve le choix entre deux solutions : ou conserver sa pension, ou, dans l'année qui suit son mariage, convertir sa pension en un capital représentant trois annuités. Cette dernière solution est empruntée à la loi de 1898. Mais contrairement au système de cette dernière loi, cette solution, en matière de pension, n'est pas obligatoire ; en outre, la pension est transférée sur la tête des enfants, s'il y en a, ce qui n'avait pas lieu dans la loi de 1898. L'intérêt des enfants est donc bien mieux compris. Enfin si la veuve, ayant des enfants de son mari décédé, préfère conserver sa pension, elle subit une restriction. Elle se voit retirer la moitié de la jouissance de la pension qui est déléguée aux enfants. Cette déchéance, qui n'existait pas dans la loi de 1831, est très juste, car les enfants ont éprouvé le même préjudice que leur mère, et il était à craindre, dans le cas de remariage de leur mère, qu'ils ne fussent pas secourus comme ils sont en droit de l'être (1).

Signalons que l'art. 74, alinéa 3, prescrit, lorsqu'il s'agit d'un musulman de l'Algérie, de la Tunisie ou du Maroc, la déchéance du droit à la pension pour la veuve qui se remarie. Il y a une contradiction avec le texte

(1) L'art. 58, alinéa 4, interdit le cumul de plusieurs pensions prévu par la loi. Une veuve qui aurait eu plusieurs maris tués à la guerre n'aurait droit qu'à une seule pension. La loi ne spécifie pas si la veuve a le droit d'opter pour l'une des pensions. L'art. 58 dit simplement : « En aucun cas, et pour quelque cause que ce soit, une veuve ne pourra cumuler les deux pensions sur sa tête, au titre de la présente loi. »

précédent. Le législateur a-t-il estimé qu'une veuve musulmane, qui a subi un préjudice dont la cause est la même que celui de la veuve française, est moins digne d'intérêt et de sollicitude? Ou a-t-il voulu respecter les mœurs musulmanes par l'établissement de cette déchéance?

Pourquoi la loi de 1919, qui ne confère pas plus de droits à la veuve que celle de 1831, a-t-elle été si combattue et adoptée si difficilement? C'est qu'en réalité l'analogie n'est pas complète entre les deux lois. La loi de 1831 était établie en vertu d'un contrat préexistant. Il y avait en quelque sorte assurance contre les risques. Et, comme nous l'avons déjà dit, la retenue faite sur les traitements était préjudiciable à la femme aussi bien qu'au mari. Il était naturel qu'elle en bénéficiât quelle que soit sa situation civile. Dans le cas présent, rien de pareil. Le motif qui a fait donner une pension aux veuves de guerre est basé sur le principe du dommage causé par la mort du mari. Par son mariage, la veuve retrouve l'appui qu'elle avait perdu et, en général, le dommage que la femme avait subi disparaît du même coup. Du moment que le dommage disparaît, il était équitable de penser que le dédommagement devait disparaître. La pension devait s'éteindre avec la cause qui l'avait fait naître.

Ce principe avait déjà été admis par la Cour de Dijon, pour retirer en partie la pension accordée à la veuve d'un homme tué par accident et qui s'était remariée. « Considérant, disait l'arrêt, qu'il est permis aux parties de demander, et loisible aux tribunaux d'apporter une restriction au service de l'indemnité, à laquelle sont

condamnés envers la femme de la victime, soit l'auteur principal, soit la partie civilement responsable; que cette restriction rentre dans l'application même des dommages-intérêts, plus ou moins élevés, selon les circonstances qui peuvent ultérieurement modifier la situation de la personne lésée; que la rente allouée, n'étant que la représentation du dommage causé, peut devenir moins nécessaire ou même entièrement disparaître, si la veuve M..., par un fait dépendant de sa volonté, contracte une nouvelle union et retrouve un protecteur disposé à s'associer à sa destinée et à pourvoir à ses besoins; qu'une telle condition, n'apportant aucune entrave à sa liberté, ne concerne qu'un intérêt pécuniaire, et n'est, par conséquent, contraire ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, ni à la loi (1). »

Des motifs plus humanitaires que juridiques ont fait admettre le principe de la conservation de la pension. On pourrait soutenir que la défaveur existant dans le public contre les seconds mariages fait subir à la veuve un préjudice moral. La loi aurait voulu indemniser les veuves de ce préjudice sans prétendre payer aux jeunes femmes leur jeunesse gâchée dans l'anxieuse attente, les privations sans gloire et le martyre sans beauté. Mais on a fait valoir que le retrait de la pension aux veuves qui se remarient reviendrait à pénaliser le mariage et encourager le concubinage. Si cet argument a une certaine valeur et si le législateur doit d'efforcer de faire des lois dont l'idéal ne soit pas au-dessus des possibilités humaines, son devoir aussi est, sous prétexte d'aplanir les difficultés de la vie, de ne pas récom-

(1) Dijon, 23 nov. 1866. D. 1867-2-13.

penser, au détriment du Trésor public, les personnes qui se tiennent simplement dans les limites de la moralité et de l'honnêteté. Vivre honnêtement est pour beaucoup de personnes d'un réel mérite. Quelle serait alors la supériorité morale de l'honnête homme s'il n'avait aucun effort à fournir, aucune peine à surmonter? Evidemment cela serait révoltant de voir une femme, vivant dans l'inconduite, conserver sa pension, tandis qu'une femme perdrait cette pension pour vouloir vivre honnêtement. Mais la loi française ne reconnaît pas le concubinage et ce n'est pas pour lui ni contre lui que les lois sont instituées.

Selon nous, le législateur a fait preuve, non seulement d'une grande bienveillance envers les veuves de guerre qui contractent une seconde union, mais il a été pour elles d'une grande générosité. A n'en pas douter, le législateur, en voulant éviter de donner une prime au concubinage, l'a donnée au remariage. Une disposition qui montre bien le caractère spécialement favorable de la loi, c'est celle qui vise le cas de certaines femmes ayant épousé des mutilés atteints d'une invalidité de 80 p. 100. Les veuves, dans ce cas, ont droit à la réversion de la pension, à condition que le mariage soit contracté dans les deux ans de la réforme ou dans les deux ans qui suivent la cessation des hostilités. Cette disposition déroge formellement à la règle de l'antériorité du mariage, qui est de principe dans la législation française.

Est-ce à dire que la générosité du législateur soit à déplorer? Si le législateur a voulu apporter une aide pécuniaire aux veuves pour se refaire « une vie », son

but semblerait atteint en partie. Bien qu'il n'existe pas de statistique exacte au Ministère des Pensions, on peut induire des renseignements pris dans les associations amicales de veuves qu'une proportion d'au moins un quart est remariée. Cette proportion peut être élevée à un tiers pour les veuves âgées de moins de trente ans.

CHAPITRE III

Réforme du Code Civil

Loi du 21 février 1906, modifiant l'art. 386 du Code civil.

Depuis le 21 février 1906, une veuve remariée conserve l'usufruit des biens de ses enfants. Tous les problèmes qui pouvaient se poser à propos de la perte de cet usufruit n'ont plus qu'un intérêt historique. Il est à remarquer que la loi de 1906 est la première qui vint porter atteinte aux déchéances établies par les auteurs du Code civil. Si le législateur avait fait de timides essais pour s'affranchir des préjugés contre les secondes noces, il ne s'était pas encore attaqué aux déchéances consacrées dans le Code. Il était intéressant de noter cette date qui marquait, aux yeux du législateur, la réhabilitation des seconds mariages.

Comme on peut le penser, cette réforme ne fut pas

accomplie sans discussions, ni protestations. M. Delahaye alla jusqu'à faire appel à l'autorité d'Homère et rappeler le langage que Minerve aurait tenu à Ulysse : « Prenez donc bien garde qu'elle (la mère d'Ulysse) ne fasse sortir de votre maison la plus grande partie de votre bien. Vous connaissez l'humeur des femmes; elles font tout pour l'avantage du second mari et oublient très promptement le premier et ruinent les enfants qu'elles en ont eus (1). » Argument bien lointain et bien fragile en faveur d'une cause perdue! Un autre adversaire de la réforme prétendait que le législateur avait confié la jouissance des biens des enfants à l'époux survivant parce qu'il avait pensé que les enfants ne pourraient pas administrer sagement et utilement pour eux-mêmes les biens dont ils étaient devenus propriétaires. Et la privation de la jouissance pour la mère remariée était due à ce fait que la femme qui se remarie n'a pas la libre disposition ni l'administration de ses propres biens et qu'elle ne garde donc pas l'administration des biens de ses enfants. Nous pensons plutôt que la jouissance des biens des enfants est une compensation des charges que les parents ont à supporter pour l'éducation des enfants.

Toujours est-il qu'une grave déchéance encourue par une mère remariée venait d'être abrogée. Une question vient immédiatement à l'esprit. Quelle est la conséquence de cette loi sur l'usufruit légal perdu par une femme remariée avant la loi de 1906? Cette femme recouvre-t-elle son usufruit, et à partir de quelle époque? Ou bien l'usufruit est-il définitivement perdu? Comme

(1) Sénat, séance du 3 novembre 1905. *J. off.*, Déb. parl., p. 1257 — Homère-Odyssée, commencement du livre XV.

il était à prévoir, les tribunaux ont eu à se prononcer.

Peu de temps après la promulgation du Code, la Cour d'Agen avait rendu un arrêt, en date du 7 prairial, an XIII (1), très intéressant pour la question qui nous occupe. Il s'agissait d'une veuve qui demandait au tuteur une reddition de ses comptes, et provisoirement le délaissement des biens de son fils, en usufruit, aux termes de l'art. 384 du Code civil (2). La Cour d'Agen avait accordé la tutelle à la mère, mais lui avait refusé l'usufruit. « Il n'en est plus de même de la jouissance des biens, portait l'arrêt. Cette partie de la loi n'est plus relative à l'ordre public, mais aux intérêts des particuliers entre eux; elle ne doit donc avoir lieu que sur les biens dont le fils n'avait pas la jouissance lors de la publication du Code. Il a, par la mort de son père, hérité de la pleine et entière propriété des biens de ce dernier, ce droit lui a été absolument et irrévocablement acquis; ainsi, en le lui ôtant, la loi ôte un droit acquis pour le transporter à la mère qui n'y avait aucun droit par les anciennes lois; ainsi donc, en appliquant à l'hypothèse présente la disposition du Code civil relative à la jouissance des biens, on donne à la loi un effet rétroactif. »

Cette théorie est séduisante. La déchéance de la mère a eu pour cause la volonté du législateur. Il a voulu éviter que les revenus des enfants servent à enrichir, à leurs dépens, un nouveau ménage. En outre, une mère contractant une seconde union est susceptible de conserver la tutelle de ses enfants tandis qu'elle perd irré-

(1) S. an XIII. Supplément, décisions diverses, n° 12, p. 177.

(2) L'usufruit légal accordé à la mère, par le Code civil, sur les biens de ses enfants mineurs de dix-huit ans, est un droit nouveau que les lois de la Révolution ne reconnaissaient pas.

vocablement la jouissance légale de leurs biens. La perte de la jouissance légale pourrait être considérée comme un fait d'ordre purement pécuniaire, et il serait alors logique de penser qu'une loi modifiant la législation antérieure pour maintenir la jouissance légale à la mère remariée puisse porter atteinte à des droits acquis. Mais l'usufruit légal est un des attributs de la puissance paternelle établie et sanctionnée par la loi dans un but d'utilité sociale et non dans l'intérêt des particuliers. Y a-t-il droit acquis au profit des enfants? Le droit acquis est celui dont une personne est déjà investie, qui fait partie de son patrimoine et qu'elle peut, en général, transmettre et aliéner. Il n'y a de droit acquis résultant d'une disposition légale que lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte. Les enfants ne sauraient prétendre à des droits acquis, la puissance paternelle ne peut les engendrer. Une loi nouvelle, qui vient modifier les attributs de la puissance paternelle, soit par rapport à la personne des enfants, soit par rapport à leurs biens, est immédiatement applicable sans qu'il y ait atteinte à un droit acquis. Une mère remariée avant la loi de 1906 devait recouvrer la jouissance légale des biens de ses enfants du jour de la promulgation de la loi. Il y a deux jugements du Tribunal de la Seine, en ce sens, l'un du 26 juillet 1906, l'autre du 6 novembre 1908 (1).

La loi de 1906 a eu une certaine répercussion sur l'art. 767, tout au moins en ce qui concernait la mère. L'art. 767 retirait, jusqu'à la loi du 3 avril 1917, au conjoint remarié, l'usufruit sur les biens du prédécédé, en cas d'existence de descendants du défunt. La loi de 1906 a eu pour effet d'atténuer la déchéance subie par

(1) *Gazette des Tribunaux*, 1907, 1-2-64.

la mère. En effet, si la mère, en convolant en secondes noces, perdait son usufruit sur les biens de son premier mari, elle le retrouvait sous une autre forme, dans la jouissance légale des biens de ses enfants. Ce droit avait, pourtant, une durée limitée puisqu'il s'éteignait lorsque les enfants avaient dix-huit ans. La loi n'avait pas eu d'influence sur les droits du père puisqu'il a toujours conservé la jouissance des biens de ses enfants.

Loi du 3 avril 1917, abrogeant le dernier alinéa de l'art. 767 du Code civil.

On avait constaté, en étudiant la loi de 1891, que les droits du conjoint survivant étaient perdus seulement dans le cas où il existait des descendants du défunt. Si le législateur avait été guidé par des motifs louables, il n'en est pas moins vrai qu'il substituait sa volonté à celle du conjoint prédécédé, ce qui était un tort. L'art. 767, lui-même, donne assez de latitude au conjoint pour faire face, dans son testament, à cette éventualité.

D'après ce que nous avons dit à propos de la loi de 1906, nous estimons que le conjoint, remarié antérieurement à la loi du 3 avril 1917, a perdu irrévocablement son droit d'usufruit légal sur les biens de son premier conjoint, car il y a droit acquis au profit des descendants. La Jurisprudence, à notre connaissance, n'a pas encore été appelée à se prononcer.

Loi du 9 août 1919, modifiant l'art. 206 du Code civil.

La loi du 9 août 1919 a ainsi modifié l'art. 206 du

Code civil : « Les gendres et les belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. » C'était la suppression de la déchéance qu'encourait la belle-mère par son convol. Désormais elle conserve, comme le beau-père, le droit de demander des aliments à ses gendres et belles-filles. Toutes les entraves que les auteurs du Code avaient établies contre les seconds mariages venaient de disparaître.

Maintien des dispositions relatives à la tutelle.

La loi du 20 mars 1917 a eu pour objet d'étendre la capacité des femmes en leur permettant, d'une manière générale, et non plus seulement aux mères et aux ascendantes, d'exercer les fonctions de tutrices, et par voie de conséquence, celles de subrogées-tutrices (1).

Mais, par contre, cette loi a maintenu formellement la disposition qui exigeait que la mère, avant de se remarier, convoquât le conseil de famille pour décider si elle continuerait à exercer ses fonctions de tutrice. Et

(1) Art. 395. — Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée.

A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son mari sera responsable des suites de la tutelle indûment conservée.

La même obligation est imposée, sous les mêmes sanctions, à la tutrice autre que la mère, si ladite tutrice se marie ou se remarie.

cette disposition a été étendue aux femmes autres que les mères de famille.

Le maintien de cette mesure est d'une sage prudence. La femme en se mariant tombe toujours plus ou moins sous l'autorité du mari qui peut avoir une influence néfaste pour les intérêts du pupille. Le mariage de la tutrice modifie à tel point sa situation, son indépendance, que la confiance que le conseil de famille avait placée en elle est susceptible de se trouver diminuée ou même totalement anéantie. L'appréciation que le conseil de famille est appelée à donner est précieuse pour les enfants et en même temps elle ne saurait être considérée comme une mesure vexatoire capable d'entraver la femme dans ses projets matrimoniaux.

Dans le paragraphe 2 du nouvel article 395, le mot « solidairement » ne se retrouve pas. Il est simplement dit que « le mari sera responsable des suites de la tutelle indûment conservée ». La solidarité dans la responsabilité serait-elle supprimée? Si on optait pour l'affirmative, cette solution serait inconciliable avec le nouvel art. 396 qui suit immédatement l'article modifié et qui maintient la responsabilité solidaire du mari cotuteur, dans le cas où le conseil de famille a conservé la tutelle à la mère. Nous croyons que la modification apportée à l'art. 395 a eu simplement pour but de restreindre la responsabilité du second mari à la gestion postérieure au mariage. Car il était généralement admis par la doctrine et la Jurisprudence que cette responsabilité s'étendait même aux faits antérieurs au mariage.

Les dispositions concernant le droit de correction ont été également maintenues. La déchéance établie contre

le père était nécessaire, car un père remarié aurait pu se servir de son droit très étendu dans un but illouable. Sans remonter jusqu'au droit romain, l'autorité paternelle s'est considérablement amoindrie. Ce pouvoir exorbitant qui permet à un père de faire incarcérer ses enfants sans le contrôle de la justice n'est plus guère en harmonie avec l'état actuel des mœurs. Aussi nous ne croyons pas et nous ne le souhaitons pas que le législateur modifie la législation sur ce point.

Par contre, le pouvoir de la mère était assez limité, l'enfant était entouré de garanties suffisantes pour que les droits de la mère, même si elle se remarie, fussent maintenus.

Influence des lois nouvelles sur la validité de la condition de viduité.

On rapporte que, dans l'antiquité, les jeunes vierges assyriennes portaient aux chevilles deux anneaux reliés d'une chaînette d'or que le mari rompait le jour du mariage. La clause de viduité ressemble à cette chaînette d'or, mais, tandis que la jeune fille avait le doux espoir d'en être délivrée par l'amour, le conjoint survivant, lui, n'a comme perspective qu'une horrible certitude : la mort.

C'est contre cette solution barbare que se serait prononcée la législation nouvelle. Si la loi elle-même n'entrave plus les nouvelles unions, il ne saurait être toléré qu'une personne s'arroge le droit d'y porter atteinte et que sa volonté soit respectée. Un des arguments, basé sur les déchéances établies par la loi contre les seconds mariages, en faveur de la validité de la condition, dis-

paraissait. Nous croyons que le législateur n'a bouleversé aucun principe de droit; il a simplement rayé du Code des mesures, vestiges d'antiques préjugés, qui n'avaient pas leur raison d'être et qui avaient pour effet d'entraver la liberté individuelle.

Bien mieux, si la condition de viduité était immorale, c'était plutôt avant les lois nouvelles que depuis. Le conjoint survivant ne recueillait rien ou peu de chose dans la succession du prédécédé. La condition apposée aux libéralités testamentaires pouvait avoir un effet très fâcheux sur la conduite du légataire. Et maintenant l'époux remarié conserve, usufruit des biens des enfants, usufruit successoral, même en présence d'enfants, pensions. Cela est suffisant pour ne pas excuser sa débauche. Il est plus qu'à l'abri du besoin, il peut se remarier sans hésitation, même en perdant une libéralité.

Tout ce qu'il y aurait à souhaiter, ce serait que les juges fussent moins indulgents pour apprécier les intentions du testateur. Mais il n'en reste pas moins vrai que ce sont eux et eux seuls qui doivent interpréter la condition de viduité.

CONCLUSION

Nous voici arrivé à la fin de notre travail. Par l'étude à travers les âges et les différentes législations nous avons pu nous faire une idée assez exacte de la législation des seconds mariages et de son orientation actuelle.

En droit romain, les seconds mariages ont passé par toutes sortes de vissicitudes. Après avoir été seulement réprouvés par les mœurs, ils ont joui d'une grande faveur auprès du législateur à l'époque d'Auguste, où aucune entrave, soit morale, soit pécuniaire, n'était tolérée. Puis, exagérant les idées de perfection de l'Eglise, les empereurs chrétiens leur furent nettement hostiles. Justinien, après quelque hésitation, semble-t-il, maintînt cette hostilité et les déchéances pécuniaires que ses prédécesseurs avaient édictées contre les seconds mariages. Il apporta cependant des adoucissements sur certaines dispositions qu'il jugeait trop dures.

Les peuplés germaniques avaient également une réelle antipathie envers les seconds mariages et leurs mesures

répressives rappelaient celles du droit romain dans son dernier état.

A l'époque féodale, les rigueurs contre les seconds mariages s'étaient sensiblement atténuées. Et cette atténuation s'était produite pour des raisons qui tenaient au régime féodal lui-même.

Les déchéances étaient allées en s'accentuant à l'époque monarchique. L'Edit de Fontainebleau et l'Edit de Blois sont de date plus récente que les rédactions primitives des coutumes, non hostiles aux seconds mariages.

La Révolution, avec ses principes de liberté et sa haine du passé, était venue balayer tout ce qui pouvait être une gêne pour les personnes qui voulaient se remarier.

Les auteurs du Code civil oublièrent parfois que certaines traditions n'étaient plus en harmonie avec les principes qui avaient jailli de la Révolution. Cette attraction du passé fut la cause principale de quelques-unes des déchéances qui entraînaient les seconds mariages. Aux yeux des auteurs du Code, ces déchéances eurent pour but, non pas cette mesquine tyrannie qu'on a pu constater dans le passé, mais la protection des enfants du premier lit : but louable et légitime. Cependant cette protection était exagérée. Si en droit romain et à l'époque monarchique on a pu parler, à juste titre, « des peines des secondes noces », cette expression serait fausse, appliquée aux premières dispositions du Code civil.

Le législateur moderne a fait d'abord de timides essais contre cet antique sentiment de réprobation

qu'inspirent les seconds mariages. Mais c'est récemment qu'il a osé s'attaquer aux dispositions du Code. Et, chose curieuse, cette offensive n'a pas été entreprise au nom de cette liberté que toute personne a de disposer d'elle-même. Certes, cette liberté n'est pas absolue, surtout lorsque la personne a déjà été engagée dans les liens d'une précédente union. Ce ne serait plus une liberté si elle devait porter préjudice aux enfants du premier lit, à la famille qui doit être placée au premier rang, avant l'individu. C'est pourquoi certains articles du Code, 767 alinéa 3, 1098 et suivants, 1496, 1527, qui restreignent les facultés d'une personne remariée ne sauraient être considérés comme des entraves, des déchéances. Le législateur avait à protéger des intérêts et à veiller sur eux avec d'autant plus de soin et de jalousie que ceux à qui ils appartiennent sont trop faibles et incapables de les défendre eux-mêmes. La suppression de ces mesures de stricte protection serait une grave atteinte portée à la famille, base de la société.

Le législateur a été guidé dans ses efforts pour renverser les obstacles nuisant aux seconds mariages par des préoccupations étrangères au principe de liberté : le désir de combattre le concubinage par la conclusion d'unions légitimes et le souci de relever la natalité qui décroît d'une façon inquiétante. Digression, dira-t-on. Qu'importe les motifs, si le résultat est conforme aux principes de justice et de liberté!

Ces quelques réflexions nous ont amené à constater que les secondes unions sont favorisées dans les périodes critiques et de mauvaise santé que traversent les peuples. Un peuple jeune, plein de vie, n'est pas favorable aux

seconds mariages. L'histoire est un éternel recommencement. Sans vouloir pousser trop loin la comparaison, et faisant abstraction du côté moral (nous n'avons pas la fatuité de nous poser en moraliste), l'époque actuelle a bien des ressemblances avec celle d'Auguste. Mêmes vides causés par la guerre, même crise de dépopulation, mêmes aspirations au bien-être et aux plaisirs, réaction naturelle à la suite des misères et des souffrances endurées. Les efforts du législateur sont destinés à rester vains s'il n'est pas secondé dans son œuvre par ceux qu'il veut encourager, s'il se trouve en face de l'indolence, de l'inertie et du mauvais vouloir. Les lois caducaires n'ont pas eu les effets escomptés, et le peuple romain retrouva son énergie et sa vitalité grâce à des principes nouveaux, d'une haute portée morale, qui, peu à peu, avaient pénétré dans sa masse.

Faciliter le mariage, combattre le concubinage? Quoi qu'il fasse, le législateur ne pourra pas supprimer les plus élémentaires devoirs qu'entraîne le mariage sans l'anéantir lui-même, et qui sait si ces devoirs ne seront pas toujours trop pénibles pour ceux qui pratiquent l'union libre.

Relever la natalité? Désir logique et naturel pour le mariage, mais pour les secondes unions? A moins d'un cataclysme comme celui que l'humanité vient de traverser, la mort ne détruit pas les foyers aussitôt fondés. Alors on est tenté de poser le dilemne : ou il est né des enfants du mariage et l'époux survivant préférera, généralement, se consacrer seul à leur éducation, ou le mariage a été stérile et cette absence d'enfants aura presque toujours été volontaire. Quel nouveau regain de

vitalité entraînera une seconde union (1)? Donner la vie n'est pas dans le domaine du législateur.

Peut-être ces deux raisons continuellement invoquées étaient-elles de simples prétextes, servant de bouclier à ceux qui donnaient l'assaut à ce vénérable monument de droit, au Code civil.

Applaudissons à toutes les réformes accomplies en faveur des seconds mariages, mais pour cette seule et unique raison que depuis 1789 la liberté ne doit être, en aucun cas, entravée, surtout par celui qui devrait veiller si jalousement sur elle.

Il ne reste, réellement, plus qu'une déchéance, celle consacrée par la loi de 1866. Elle ne nous avait pas d'abord paru injustifiable. Cependant elle devrait, à son tour, entrer dans le domaine de l'histoire, car elle n'est plus en harmonie avec la législation actuelle. Un même acte juridique doit, dans une même législation, produire partout et toujours les mêmes effets juridiques.

C'est pour cela aussi que des modifications devraient être apportées dans les lois des pensions et de prévoyance sociale où le cumul est tantôt admis, tantôt rejeté, où la pension est tantôt maintenue intégralement, tantôt convertie en un capital. Inconvénient d'une légis-

(1) M. Lefas, président de la commission, pour la loi du 31 mars 1919, disait dans la discussion : « L'application de la loi de 1898, sur les accidents du travail, a permis à un certain nombre de Compagnies de suivre le mouvement du remariage des veuves et de la natalité subséquente. J'ai consulté ces chiffres : j'ai constaté, sans doute, que peu de veuves se sont remariées sous l'empire de la loi de 1898. Mais celles qui se sont remariées n'ont eu qu'un nombre d'enfants très inférieur au taux moyen de la natalité qu'il faut obtenir en France. Ce nombre est, en moyenne, de un enfant par ménage de veuve remariée et quelquefois même cet unique enfant fait défaut. »

lation qui se fait par à-coup et où la question discutée n'est pas envisagée dans toute son ampleur.

Quant à la condition de viduité, elle ne doit pas être condamnée à priori; juridiquement, rien ne s'oppose à sa validité, sa moralité étant une question d'espèce. Le testateur qui l'oppose à une libéralité faite à son conjoint n'est pas forcément guidé par des motifs répréhensibles; le plus souvent il a le souci des intérêts de sa famille.

Nous voudrions terminer par une remarque que nous avons faite en lisant la discussion de la loi de 1906 (1). M. Guiller s'exprimait ainsi : « Pourquoi les auteurs du Code civil ont-ils établi une différence entre la situation créée à la femme qui veut se remarier et celle du mari qui convole en secondes noces? Parce que la femme qui se remarie ne conserve pas, comme l'homme, la libre disposition de ses liens, pas plus que celle des revenus de ses enfants. Cette thèse qui peut être vraie dans la plupart des cas, n'est point exacte lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens. »

Ainsi, on se rend compte que certains régimes matrimoniaux ont leur inconvénient lorsqu'il s'agit de seconds mariages. Le régime légal, la communauté légale, offre de réels dangers dans le cas de remariage, surtout en cas d'existence d'enfants. Du reste nous ne saurions mieux dire ni mieux faire que citer M. Planiol : « Les unions de ce genre (cas de remariage sans

(1) *J. off.*, Déb. part., p. 1257.

contrat) sont presque toujours l'effet d'une spéculation de la part du second conjoint. Il accepte la charge d'enfants qui ne sont pas à lui en considération d'argent qu'on lui apporte, et s'il s'abstient de faire régler par un contrat la situation pécuniaire de ces enfants, c'est qu'il compte s'enrichir à leurs dépens. La vieille expérience qui avait amené le Chancelier de l'Hospital à prendre des mesures contre ces spéculations n'a pas besoin d'être recommencée : la communauté légale sert à enrichir intentionnellement le second conjoint. Si l'époux remarié se trouve privé du droit de faire des libéralités par testament, c'est qu'il en a fait d'autres sous d'autres formes, dans la mesure où la loi lui permettait d'en faire. Il a épuisé son droit en s'en servant. »

Quel remède proposer à cet état de fait découlant de la loi même? M. Guiller l'a laissé entrevoir. Pourquoi le régime légal en cas de second mariage ne serait-il pas celui de la séparation de biens? Deux régimes légaux? Nouvelle complication à ajouter à celles déjà nombreuses qui existent, pourrait-on objecter. Nous ne le pensons pas. Ce serait déjà mettre en garde, si peu intéressant soit-il, le conjoint survivant contre les empatements de sa passion et, ce qui est bien préférable, les enfants auraient une protection plus sûre. Cette réforme aurait enfin le réel avantage de ne porter aucune entrave nouvelle aux seconds mariages que le législateur encourage avec tant d'ardeur. Et quand même il y aurait gêne! Le mariage n'est pas une pure question d'intérêts pécuniaires, à plus forte raison un second mariage. Une personne, avant de convoler en secondes

noces, n'a pas à se demander seulement : « Où est mon bonheur et mon intérêt? » mais aussi et surtout : « Où est mon devoir? »

Vu :
Le Président de la Thèse,
Marc DESSERTEAUX.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
M. DESLANDRES.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 10 juin 1922,
Le Recteur de l'Académie,
H. PADE.

BIBLIOGRAPHIE

Accarias, C. — Précis de droit romain. Paris, 1886.

Aguesseau, Henri-François (Chancelier d'). — Œuvres complètes. Paris, 1819.

Astruc, Louis. — Traité des peines des secondes noces. A. Galembrun. H. Wautegh, 1752.

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ. 5e édit., 1897.

Bartin, Etienne. — Théorie des conditions impossibles et illicites. Paris, 1887.

Baudry-Lacantinerie. — Précis de droit civil. Paris, 1896 et suiv.

Beaumanoir (Philippe de). — Les coutumes de Beauvoisis. Edit. publiée par le comte Beugnot. Paris, 1842.

Beugnot (Comte). — Assises de Jérusalem, t. II. Assises de la Cour des Bourgeois. Paris, 1843.

Boissonade, Gustave. — Histoire des droits de l'époux survivant. Paris, 1874.

Bonvalot. — Les coutumes de la Haute-Alsace, dites de Ferrette. Paris, 1870.

Bourget, Paul. — Le sens de la mort. Paris, 1921.

Bouteillier, Jean. — Somme Rural ou le grand coutumier général de pratique civil et canon. Paris, 1603.

Chabot (de l'Allier). — Questions transitoires sur le Code Napoléon. Paris, 1809.

Chardon. — Traité des trois puissances : paternelle, maritale et tutélaire. Paris, 1841-42.

Choppin, René. — De domanio franciae. Libri III, Paris, 1588.

Clément d'Alexandrie. — Stromate III.

Colin et Capitant. — Cours élémentaire de droit civil français. 2e édit. Paris, 1919 et suiv.

Delvincourt, Claude-Etienne. — Cours de Code civil 5e édit. Paris, 1824-34.

Demante, A.-M., et Colmet de Santerre, E. — Cours analytique de Code civil. 2e édit. Paris, 1884-89.

Demolombe, C. — Cours de Code civil. Paris, 1845-82.

Dolive. — Questions notables. Liv. 3, ch. 6.

Dudouit, Henri. — Les majorats au point de vue financier. Th. Paris, 1907.

Dupin, Pierre. — Traité des peines des secondes noces. Paris.

Duranton, Alexandre. — Cours de droit français suivant le Code civil. 4e édit. Paris, 1844.

Favard de Langlade. — Répertoire. Paris, 1823-24.

Fenet, P.-A. — Recueil des travaux préparatoires du Code civil. Paris, 1836.

Fréminville de la Poix (de). — Traité de la minorité et de la tutelle. Clermont, 1845.

Gerbault, Edouard, et Dubourg, Léon. — Code des droits successoraux des époux. Paris, 1892.

Gide, Paul. — Etude sur la condition privée de la femme. 2e édit. Paris, 1885.

Huc, Théophile. — Commentaire théorique et pratique du Code civil. Paris, 1892-1903.

Hugo Krueger. — Cantio Mutiana. Mélanges Girrard, t. II.

Ihéring. — Esprit du droit romain. Traduct. de Meulenaere. Paris, 1880.

ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER. — Recueil général des anciennes lois françaises. Paris, 1829.

JUVÉNAL. — Collection des auteurs latins. Satire IX. Paris, 1839.

LABBÉ. — Note sous un arrêt de la Cour de Montpellier du 14 juil. 1858. S. 59-2-305.

LABOULAYE, Edouard. — Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours. Paris, 1843.

LAMACHE, H. — Questions pratiques concernant l'application de la loi du 9 mars 1891. *Revue du Notariat*, n° 8932.

LAROMBIÈRE, L. — Théorie et pratique des obligations. Paris, 1857.

LAURENT, François. — Principes du droit civil. Bruxelles. Paris, 1869-79.

LEFEBVRE, Charles. — Leçons d'introduction à l'histoire du droit matrimonial français. Paris, 1899.

LOYSEL, Antoine. — Institutes coutumières. Paris, 1846.

LOYNES (DE). — Note sous un arrêt de la Cour de Douai du 20 janvier 1910. D. 1911-2-233.

MARCADÉ, Victor-Napoléon. — Eléments de droit civil français. Paris, 1842.

MARNIER, A.-J. — Etablissements et coutumes. Assises et coutumes de l'Echiquier de Normandie. Paris, 1839.

MAYNARD-GÉRAULT (DE). — Notables et singulières questions de droit escrit décidées et jugées par arrêts mémorables de la Cour souveraine du Parlement de Tholose. Paris, 1638.

MERLIN. — Questions de droit. 4e édit. Paris, 1827.

— Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence. Paris, 1827.

NAQUET. — Note sous un arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 novembre 1912. S. 1914-1-185.

Pardessus. — La loi Salique ou Recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi. Paris, 1853.

Planiol, Marcel. — Traité élémentaire de droit civil. 7e édit. Paris, 1918. Note sous un arrêt de la Cour de Bourges du 2 juillet 1901.

Plutarque. — Scripta moralia, t. I. Quaestiones Romanae, 105. Paris, 1829.

Portalis, J.-M.-Etienne. — Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil. Paris, 1844.

Ripert. — Note sous un arrêt de la Chambre des Req. du 11 novembre 1912. D. 1913-1-105.

Saleilles. — Note sous un arrêt de la Cour de Paris. S. 1900-2-121.

Sunien, Paul. — Essai sur les tuteurs de fait. *Revue trimest.*, 1903, p. 781.

Tacite. — Œuvres publiées par Jér.-Jac. Obertin et Jos. Naudet. De moribus germaniæ. Liv. 4, ch. 19. Paris, 1820.

Taisand, Pierre. — Coutume générale des pays et duché de Bourgogne. Dijon, 1747.

Taulier, J.-Frédéric. — Théorie raisonnée du Code civil, Paris, 1840-48.

Thaller. — Annales du droit commercial, 1891.

Valère, Maxime. — Collect. des auteurs classiques latins, liv. II, ch. I. Paris, 1822.

Vazeille, F.-A. — Traité du mariage. Paris, 1825.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 5

PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE

Chapitre I. — Droit romain.

Les origines 11
Législation d'Auguste 13
Législation des empereurs chrétiens 17
Législation de Justinien 22

Chapitre II. — Ancien droit français.

Epoque barbare 31
Epoque féodale 32
Epoque monarchique 36
Paragraphe 1. Pays de droit écrit 38
Paragraphe 2. Pays de coutume 47

Chapitre III.

Droit intermédiaire 56

DEUXIEME PARTIE

Droit moderne 60

Chapitre I. — Le Code civil.

Paragraphe 1. Dispositions hostiles aux seconds mariages :

Pension alimentaire 64
Usufruit légal 67
Tutelle 72

Paragraphe 2. Dispositions favorables aux seconds mariages :

Droits de succession ab intestat 79
Droits légaux de survie 81
Droits de viduité 82
Droits conventionnels de survie 84

Appendice :

Condition de viduité 85

Doctrine 86
Jurisprudence 90
Effets et interprétation de la clause de viduité dans les contrats de mariage 94
Appréciation 98
Chapitre II. — Lois spéciales.
Droits du conjoint survivant en matière d'institutions de retraites et de prévoyance sociale.. 103
Les Majorats 104
Décrets impériaux ou ordonnances royales sur les pensions 106
Loi des 11-14 avril 1831 sur les pensions de l'armée de terre 108
Loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles..... 108
Loi du 14 juillet 1866 sur la propriété littéraire. 111
Loi du 9 mars 1891..... 114
Nouvelles lois en matière d'institutions de retraites et de prévoyance sociale :
Loi du 9 avril 1898..... 125
Loi du 14 juillet 1908 concernant les pensions sur les Caisses des Invalides de la Marine.. 126
Loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes 128
Loi du 21 juillet 1909..... 129
Loi du 25 février 1914..... 130
Loi du 31 mars 1919 sur les pensions..... 131
Chapitre III. — Réforme du Code civil.
Loi du 21 février 1906..... 138
Loi du 3 avril 1917..... 142
Loi du 9 août 1919..... 142
Maintien des dispositions relatives à la tutelle.. 143
Influence des lois nouvelles sur la validité de la condition de viduité 145
Conclusion 147